



Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique

Marie-Charlotte Bontron

► To cite this version:

Marie-Charlotte Bontron. Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD009 . tel-01342526

HAL Id: tel-01342526

<https://theses.hal.science/tel-01342526>

Submitted on 6 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'Université de Montpellier

**Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038)**

Spécialité : Droit public

Présentée par Marie-Charlotte BONTRON

**Les fonctions des principes fondamentaux
de la commande publique**

Soutenue le 7 novembre 2015, devant le jury composé de

M. Guylain CLAMOUR,
Professeur à l'université de Montpellier

Directeur

M. Gabriel ECKERT,
Professeur à l'Université de Strasbourg

Rapporteur

Mme Hélène HOEPFFNER,
Professeur à l'Université Toulouse I - Capitole,

Rapporteur

M. Philippe TERNEYRE,
Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Mme Marion UBAUD-BERGERON,
Professeur à l'Université de Montpellier



Résumé en français :

Les principes de la commande publique souffrent d'une imprécision juridique dans la mesure où, aspirant à des finalités communes au moyen d'instruments juridiques identiques, aucun des objectifs généraux qu'ils poursuivent ensemble ne peut être spécifiquement rattaché à l'un d'eux. Afin de pallier cette insuffisance du droit positif, une nouvelle clé de lecture des principes doit être découverte. Une analyse détaillée du droit positif dévoile que le temps constitue le pivot d'une lisibilité certaine des fonctions des principes. Structurant le droit de la commande publique, cet élément permet d'identifier différents temps poursuivant des objectifs spécifiques, dont la concordance avec les principes permet de délimiter les finalités caractéristiques à chacun.

À partir de cette application temporelle des principes, il est possible de définir leurs fonctions propres, en ce sens que chacune des règles spécifiques du droit de la commande publique peut être rattachée à l'un d'entre eux. Une confrontation de cette conceptualisation temporelle au droit positif dévoile que de cette définition des fonctions propres, découlent des implications positives sur le droit de la commande publique. D'une part, certaines zones d'ombres latentes de cette branche du droit sont clarifiées. D'autre part, l'office du juge des contentieux précontractuel et contractuel est précisé. Une lecture singulière des fonctions des principes permet ainsi de pallier en partie la complexité patente du droit de la commande publique.

Mots-clés : Contrats de la commande publique, principes de la commande publique, régime de la commande publique, contentieux de la commande publique, marché public, délégation de service public, liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures.

Titre et résumé en anglais :

The fonctions of the fundamental principles of public contracts.

The principles of the Public Commission suffer a legal indistinctness, inasmuch as, aspiring to common purposes by means of identical legal instruments, none of the general objectives that they pursue together cannot be specifically connected to one of them. To mitigate this insufficiency of the substantive law, a new key to the interpretation of principles must be discovered. A detailed analysis of the substantive law reveals that the time constitutes the pivot of a certain legibility of the fonctions of the principles. Structuring Public Commissions Law, this element allows to identify different time pursuing specific objectives, of which the concordance with the principles allows to delimit the characteristic purposes of each.

From this temporal application of the principles, it is possible to define their own fonctions, in this sense that each of the rules specific of Public Commissions Law can be connected to one of them. A confrontation of this temporal conceptualisation reveals that of this definition of appropriate functions, ensue positives implications of the Public Commission Law. On one hand, some latent grey areas of this branch of the law are clarified. On the other hand, the office of the judge of pre-contractual and contractual disputes is specified. A singular reading of the fonctions of the principles allows thereby to mitigate partially to the obvious complexity of the Public Commission Law.

Thèse préparée au CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES ADMINISTRATIVES DE MONTPELLIER (EA 2038)
FACULTE DE DROIT DE MONTPELLIER – UNIVERSITE MONTPELLIER
39, RUE DE L'UNIVERSITE – 34060 MONTPELLIER CEDEX

SOMMAIRE

PARTIE 1 :

LE DEVOILEMENT D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

TITRE 1 : L'INSUFFISANCE DE LA CONCEPTION UNITAIRE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

Chapitre 1 : L'existence constante d'une conception unitaire des fonctions
des principes de la commande publique.

Chapitre 2 : L'absence patente d'une conception singulière des fonctions
des principes de la commande publique.

TITRE 2 : LA PERTINENCE D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

Chapitre 1 : La temporalité certaine du droit de la commande publique.

Chapitre 2 : La temporalité conséquente des fonctions des principes de la commande publique.

PARTIE 2 :

L'EPANOUISSEMENT D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

TITRE 1 : LA PROPOSITION D'UNE DEFINITION DES FONCTIONS PROPRES A CHAQUE PRINCIPE DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

Chapitre 1 : Les fonctions propres du principe initial de liberté d'accès à la commande publique.

Chapitre 2 : Les fonctions propres des principes consécutifs d'égalité de traitement et de transparence.

TITRE 2 : LES IMPLICATIONS D'UNE DEFINITION DES FONCTIONS PROPRES A CHAQUE PRINCIPE DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

Chapitre 1 : Les implications sur le régime du droit de la commande publique.

Chapitre 2 : Les implications sur le contentieux du droit de la commande publique.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	16
INTRODUCTION GENERALE	20
PARTIE 1 : LE DEVOILEMENT D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	50
TITRE 1 : L'INSUFFISANCE D'UNE CONCEPTION UNITAIRE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.	52
<i>Chapitre 1 : L'existence constante d'une conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique.....</i>	<i>54</i>
Section 1 : L'existence d'une conception unitaire par la poursuite d'objectifs communs à l'ensemble des principes.....	55
Paragraphe 1 : L'émergence certaine d'objectifs communs à l'ensemble des principes de la commande publique.....	56
A : L'émergence d'objectifs communs en droit interne.....	56
I : L'objectif traditionnel de protection de l'administration.....	56
II : L'objectif actuel d'efficacité de la commande publique.....	61
B : L'émergence d'un objectif commun en droit de l'Union européenne.....	65
I : La naissance de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence en droit de l'Union européenne.....	66
II : Les conséquences de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence en droit interne.....	70
Paragraphe 2 : L'absence tangible d'un rattachement des objectifs poursuivis à un principe spécifique de la commande publique.....	73
A : L'impossible rattachement des objectifs de droit interne à un principe spécifique.....	74
I : L'impossible rattachement de l'objectif d'efficacité de la commande publique à l'un des principes de la commande publique.....	74
II : L'impossible rattachement de l'objectif de bonne utilisation des deniers publics à l'un des principes de la commande publique.....	76
B : L'impossible rattachement de l'objectif du droit de l'Union européenne à un principe spécifique... ..	78
I : L'absence d'un rattachement spécifique de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence. ..	78
II : L'existence d'une unité des fonctions des principes révélée en droit de l'Union européenne.....	80
Section 2 : L'existence d'une conception unitaire par la reconnaissance d'une fonction supplétive commune aux principes.....	81
Paragraphe 1 : Le dévoilement d'une fonction supplétive commune en droit de l'Union européenne.....	82
A : La découverte du caractère supplétif commun à l'ensemble des principes de la commande publique.....	82

I : Les prémices d'une reconnaissance explicite du caractère supplétif commun aux fonctions des principes.....	83
II : La consécration d'une reconnaissance explicite du caractère supplétif commun aux fonctions des principes.	84
B : L'extension du caractère supplétif commun à l'ensemble des principes de la commande publique.....	87
I : La confirmation ultérieure de la jurisprudence <i>Telaustria</i>	87
II : La confirmation aboutie de la jurisprudence <i>Telaustria</i>	89
Paragraphe 2 : La réception de la fonction supplétive commune aux principes de la commande publique en droit interne.	92
A : La consécration d'une fonction supplétive commune aux principes en l'absence d'un régime spécifique.	92
I : La réception de la dynamique commune aux principes par le juge administratif.....	93
a : Une réception classique de la fonction supplétive commune des principes de la commande publique.	93
b : Une réception originale de la fonction supplétive : l'extraterritorialité commune des principes de la commande publique.	98
II : La réception de la dynamique commune aux principes par le juge constitutionnel.....	99
B : La consécration d'une fonction supplétive commune aux principes au-delà d'un régime spécifique.	102
I : La reconnaissance d'une fonction supplétive commune au-delà d'un régime spécifique en matière de marché public.	103
II : La reconnaissance d'une fonction supplétive commune au-delà d'un régime spécifique en matière de délégation de service public.....	108
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :</i>	<i>112</i>
<i>Chapitre 2 : L'absence patente d'une conception singulière des fonctions des principes de la commande publique.</i>	<i>113</i>
Section 1 : Le constat d'un défaut de singularisation des fonctions propres à chaque principe.....	114
Paragraphe 1 : La carence d'une définition précise des fonctions propres en droit interne.	115
A : Une imprécision des fonctions propres des principes dans les textes.	115
I : Une imprécision des fonctions propres dans le Code des marchés publics.	116
II : Une imprécision des fonctions propres dans les autres textes de la commande publique.....	120
B : Une imprécision des fonctions propres des principes dans la jurisprudence.....	123
I : L'absence d'une définition des fonctions propres à chaque principe dans le contrôle des dispositions de portée générale.....	124
II : L'absence d'une définition des fonctions propres à chaque principe dans le contrôle des dispositions spécifiques.	127
Paragraphe 2 : L'existence d'une définition confuse des fonctions en droit de l'Union européenne et dans le discours doctrinal.....	130
A : Une confusion des fonctions des principes en droit de l'Union européenne.	131
I : Le constat <i>a priori</i> de l'existence d'une définition des fonctions propres des principes.	132
a : Des précisions sur les fonctions propres de principes non transposables en droit interne..	132
b : Des précisions sur les fonctions propres du principe d'égalité de traitement.	136
c : Des précisions sur les fonctions propres du principe de transparence.	138

II : Le constat <i>a posteriori</i> d'une confusion des fonctions des principes.....	139
B : Une confusion des fonctions des principes dans le discours doctrinal.	143
I : Des tentatives manquantes de définition des fonctions propres.....	144
II : Des tentatives confuses de définition des fonctions propres.....	145
a : Une confusion sur la typologie classique des principes.....	146
b : Une confusion sur la portée propre des principes.....	148
Section 2 : L'origine d'un défaut de singularisation des fonctions propres à chaque principe.	150
Paragraphe 1 : La consécration équivoque de la transparence en tant que principe.	151
A : La consécration de la transparence en tant que principe fondamental.	151
I : La consécration du principe de transparence en droit de l'Union européenne.....	152
II : La consécration du principe de transparence en droit interne.....	155
B : L'instauration subséquente d'une confusion fonctionnelle entre les principes de la commande publique.	157
I : Une confusion accessoire sur le statut de la transparence.	157
II : Une confusion dirimante dans l'articulation fonctionnelle des principes.	160
a : Le constat de l'absence d'une fonction propre de la transparence.....	160
b : Les difficultés d'articulation subséquentes des principes.....	162
c : Les difficultés liées à la confusion des fonctions des principes.	164
Paragraphe 2 : La recherche subséquente d'une définition des fonctions propres à chaque principe.	167
A : L'éviction certaine du recours à un principe plus général.	168
I : L'émergence d'un principe général d'égalité lié à la commande publique.	168
a : La découverte du principe par le juge constitutionnel.....	168
b : La réception du principe par les juges ordinaires.....	170
II : L'utilisation inopportune d'un principe plus général en droit de la commande publique.....	172
B : La recherche indispensable d'une définition des fonctions propres des principes.	175
I : Des principes d'une « essence » différente.	175
II : La nécessité subséquente d'une définition des fonctions respectives des principes.	177
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :</i>	<i>181</i>
<i>CONCLUSION DU TITRE 1 :</i>	<i>182</i>
TITRE 2 : LA PERTINENCE D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.	183
<i>CHAPITRE 1 : La temporalité certaine du droit de la commande publique.</i>	<i>184</i>
SECTION 1 : La détermination préalable d'une temporalité du droit de la commande publique.	184
Paragraphe 1 : Les vérifications préliminaires de la prépondérance du temps sur le droit de la commande publique.....	185
A : Les relations usuelles entre le temps et le droit des contrats.....	186
I : Les relations entre le temps et le droit.	187
II : Les relations entre le temps et le droit des contrats.	190
a : Le contrat s'inscrit dans le temps.	190
b : Le temps peut être un objet du contrat.....	192
B : Les relations caractéristiques entre le temps et le droit de la commande publique.	193
I : La structuration du régime des contrats de la commande publique par le temps.....	194
II : La durée des contrats de la commande publique.	198

a : L'application des contrats de la commande publique dans le temps et la détermination de la durée.	198
b : L'exécution des contrats de la commande publique dans le temps et la prolongation de la durée.	202
Paragraphe 2 : Les précisions sur la structuration du droit de la commande publique par le temps.	205
A : Une chronologie minutieusement organisée.	205
I : L'existence d'une chronologie antérieure à la mise en concurrence des candidats.	206
a : La détermination préalable des besoins : une première étape de tout processus d'achat public.	206
b : La publicité ex ante.	209
II : L'existence d'une chronologie pendant la mise en concurrence.	211
B : Une chronologie obligatoirement observée.	216
I : La sanction du non respect immédiat de la chronologie.	217
II : La sanction du non respect média de la chronologie.	218
SECTION 2 : La systématisation consécutive des temps du droit de la commande publique.	223
Paragraphe 1 : Le dévoilement des temps préalables au choix du cocontractant.	225
A : Le temps de l'accès à la mise en concurrence, phase de préparation de la procédure.	226
I : L'existence d'un objectif d'accès commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.	226
II : L'existence subséquente d'un temps d'accès commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.	229
B : Le temps de la mise en œuvre de la procédure, phase de déroulement de la mise en concurrence.	232
I : L'existence d'objectifs parallèles communs à l'ensemble des contrats de la commande publique.	233
a : Un objectif portant sur le traitement égal des candidats.	233
b : Un objectif portant sur l'intelligibilité de la procédure.	236
II : L'existence subséquente d'un temps de la mise en concurrence commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.	237
Paragraphe 2 : Le dévoilement des temps ultérieurs au choix du cocontractant.	242
A : Le temps de la finalisation de la procédure, phase d'achèvement de la mise en concurrence.	242
I : L'existence d'objectifs connexes de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux.	243
II : L'existence subséquente d'un temps de finalisation de la procédure commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.	245
B : Le temps de l'exécution du contrat, phase de réalisation de la convention.	252
I : La distinction évidente de la formation et de l'exécution du contrat.	252
II : L'existence d'un objectif de stabilité des relations contractuelles inhérent à l'exécution du contrat.	254
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :	257
CHAPITRE 2 : La temporalité conséquente des fonctions des principes de la commande publique.	258
Section 1 : La concordance des fonctions et des temps.	260

Paragraphe 1 : Le premier temps et la liberté d'accès.....	262
A : La logique du premier temps de la commande publique.....	262
B : La prédominance du principe de liberté d'accès.....	265
Paragraphe 2 : Le deuxième temps et les principes d'égalité de traitement et de transparence.....	269
A : Les logiques du deuxième temps de la commande publique.....	269
B : La prédominance de l'égalité de traitement et de la transparence.....	272
I : Le rattachement de l'égalité de traitement à la logique de mise en concurrence effective entre les candidats.....	272
II : Le rattachement du principe de transparence à la logique d'intelligibilité de la procédure.....	275
Paragraphe 3 : Le troisième temps et la transparence.....	278
A : La logique du troisième temps de la commande publique.....	278
B : La prédominance de la transparence.....	279
Section 2 : L'articulation des fonctions par le temps.....	282
Paragraphe 1 : L'articulation des fonctions propres des principes dans chaque temps.....	283
A : L'articulation lors du premier temps de la commande publique : une relation hiérarchique dominée par la liberté d'accès.....	283
I : La liberté d'accès, principe force du premier temps de la commande publique.....	284
II : La transparence, principe accessoire du principe de liberté d'accès.....	285
III : L'égalité de traitement, principe accessoire du principe de liberté d'accès.....	289
B : L'articulation lors du deuxième temps de la commande publique : une articulation parallèle des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.....	291
C : L'absence d'articulation lors du troisième temps de la commande publique : l'exclusivité du principe de transparence.....	292
Paragraphe 2 : L'articulation des fonctions propres des principes de la commande publique dans le temps.....	293
A : L'articulation des fonctions propres des principes en passation.....	294
I : Présentation du mécanisme de rétroactivité des principes de la commande publique en passation.....	294
II : Le régime du mécanisme de rétroactivité des principes de la commande publique en passation.....	297
B : L'articulation des fonctions propres des principes de la commande publique en exécution.....	300
I : L'impact de la modification du contrat sur le temps de la passation.....	300
II : L'influence rétroactive de la liberté d'accès sur le régime des modifications pendant l'exécution.....	303
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	306
CONCLUSION DU TITRE 2.....	307
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 :	308

PARTIE 2 : L'EPANOUISSEMENT D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....309

TITRE 1 : LA PROPOSITION D'UNE DEFINITION DES FONCTIONS PROPRES A CHAQUE PRINCIPE DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	311
--	-----

<i>Chapitre 1 : Les fonctions propres du principe initial de liberté d'accès à la commande publique.</i>	<i>313</i>
Section 1 : Une fonction économique immédiate : l'accès à la mise en concurrence.	314
Paragraphe 1 : Une fonction économique initiale de justification à l'existence des procédures de passation.	314
A : Le champ d'application économique de la liberté d'accès à la commande publique.	315
I : Une fonction initiale conditionnée par l'externalisation ou l'abandon d'une activité économique à un opérateur économique.	316
II : Une fonction initiale absente dans le cadre d'un contexte non économique.	321
a : La non applicabilité de la liberté d'accès dans l'hypothèse d'un contrat in house.	321
b : La non applicabilité de la liberté d'accès dans le cas des coopérations entre personnes publiques.	325
B : La fonction économique initiale de la liberté d'accès.	329
I : La liberté d'accès comme fondement à l'existence des procédures de passation.	329
II : La liberté d'accès comme fondement à l'obligation de détermination préalable des besoins.	334
Paragraphe 2 : Une fonction économique essentielle dans la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.	338
A : L'étendue de la fonction de détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.	339
I : Une fonction prohibant les entraves dans l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence.	339
a : L'encadrement du choix des spécifications techniques.	340
b : L'obligation d'allotir, les groupements d'entreprises et la sous-traitance.	343
c : La détermination de la durée des contrats de la commande publique.	347
d : La question de l'accès des personnes publiques ou semi-publiques à la commande publique.	348
e : Une fonction de protection de l'accès à la mise en concurrence par la reconnaissance du délit d'octroi d'avantage injustifié.	350
II : Une fonction conditionnant la dimension horizontale de la publicité initiale d'appel à la concurrence.	352
B : Les limites à la fonction de détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.	355
I : L'obligation de déterminer des critères de sélection des candidatures.	356
II : Les interdictions de soumissionner.	359
Section 2 : Une fonction économique médiate : la protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.	362
Paragraphe 1 : Une fonction de protection des conditions initiales lors de la mise en concurrence.	362
A : Une fonction prégnante en droit des marchés publics.	364
I : L'encadrement souple des modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures.	365
II : L'encadrement stricte des modifications intervenant après la date de dépôt des candidatures.	366
B : Une fonction présente en droit des délégations de service public.	367
I : Un encadrement des modifications de l'objet de la délégation de service public.	368
II : Un encadrement des modifications des critères d'attribution communiqués aux candidats potentiels à la délégation de service public.	370

Paragraphe 2 : Une fonction de protection des conditions initiales lors de l'exécution du contrat.	373
A : Une fonction d'encadrement des modifications portant sur l'objet et le montant du contrat.	374
I : La liberté d'accès comme fondement au régime des modifications du contrat.	375
II : Le traitement contentieux des modifications du contrat à l'aune de la liberté d'accès.	378
B : Une fonction d'encadrement des modifications portant sur le cocontractant et la durée du contrat.	384
I : La cession de contrat.	384
II : L'encadrement de la prolongation de la durée du contrat.	388
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :</i>	<i>391</i>
<i>Chapitre 2 : Les fonctions propres des principes consécutifs d'égalité de traitement et de transparence.....</i>	<i>392</i>
Section 1 : Les fonctions propres du principe d'égalité de traitement des candidats.	393
Paragraphe 1 : Une fonction de respect de l'égalité entre les candidats dans la conduite de la mise en concurrence.	394
A : Une égalité souple dans le déroulement des procédures de passation des délégations de service public.....	395
B : Une égalité stricte dans le déroulement des autres procédures de passation.	398
I : Une égalité strictement appréciée dans la procédure d'appel d'offre.....	398
II : Une égalité strictement appréciée dans les autres procédures.....	402
Paragraphe 2 : Une fonction de respect de l'égalité entre les candidats dans le choix des candidatures et des offres.....	403
A : Une égalité stricte dans le choix des candidatures.	404
B : Une égalité protéiforme dans le choix des offres.	407
I : L'égalité de traitement dans le choix des critères de sélection des offres.	408
II : Une égalité de traitement protéiforme dans la mise en œuvre des critères de sélection des offres.	413
Paragraphe 3 : Une fonction spécifique de protection de la mise en concurrence par la garantie d'impartialité de la procédure de passation.....	418
A : Une fonction de protection de la mise en concurrence par la prohibition du conflit d'intérêts.....	418
B : Une fonction de protection de la mise en concurrence par la reconnaissance du délit d'octroi d'avantage injustifié.....	421
Section 2 : Les fonctions propres du principe de transparence.	424
Paragraphe 1 : Une fonction d'intelligibilité de la procédure de passation.....	424
A : Une fonction encadrant le contenu de l'information préalable.	425
I : La publicité des éléments essentiels du contrat.	426
II : La publicité des modalités de la mise en concurrence.	430
B : Une fonction encadrant la publicité préalable des critères de sélection des offres et des modalités de leur mise en œuvre.	435
I : La publicité préalable des critères d'attribution en droit des marchés publics.	435
II : La publicité préalable des critères d'attribution en droit des délégations de service public.....	440
Paragraphe 2 : Une fonction de preuve d'impartialité de la procédure de passation.....	443
A : L'information des tiers, fonction de la transparence des procédures.....	445
I : Les modalités de publicité <i>ex post</i> et la production des documents d'attribution.....	445

II : La transmission de certains contrats de la commande publique au représentant de l'État.....	446
B : L'obligation d'information des candidats évincés, fonction du principe de transparence.	448
I : Le contenu de l'obligation d'information des candidats évincés.....	449
II : Le traitement contentieux de l'obligation d'informer les candidats évincés.....	455
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :	458
TITRE 2 : LES IMPLICATIONS D'UNE DEFINITION DES FONCTIONS PROPRES A CHAQUE PRINCIPE DE LA	
COMMANDE PUBLIQUE.	460
<i>Chapitre 1 : Les implications sur le régime du droit de la commande publique.....</i>	<i>461</i>
Section 1 : Des précisions sur le champ d'application du principe de liberté d'accès à la commande publique.	
.....	462
Paragraphe 1 : L'applicabilité de la liberté d'accès aux titres d'occupation domaniale.	463
A : L'ambivalence sur le régime des titres d'occupation du domaine des personnes publiques.	464
I : Une interrogation <i>a priori</i> résolue par le droit positif.	465
II : Une interrogation persistante fondée sur l'aspect économique des titres d'occupation	
domaniale.	468
B : La liberté d'accès comme fondement à l'existence d'une procédure de passation des titres	
d'occupation domaniale.....	472
I : L'applicabilité de la liberté d'accès aux titres d'occupation du domaine des personnes publiques.	
.....	472
a : La recherche d'un fondement à l'existence d'une procédure obligatoire.	472
b : La liberté d'accès comme fondement à l'existence obligatoire d'une procédure.	475
II : Les implications de la liberté d'accès sur le régime des conventions d'occupation du domaine	
des personnes publiques.	480
Paragraphe 2 : L'intégration des fonctions du principe de liberté d'accès dans la jurisprudence du juge	
judiciaire.	483
A : La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire.....	485
I : Une convergence sur les implications de la liberté d'accès.	486
II : Une convergence sur les implications des principes d'égalité et de transparence.....	487
B : La divergence sur le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.	
.....	489
I : Une conception restrictive du juge judiciaire.	489
II : Une conception discutable du juge judiciaire.....	491
Section 2 : Des précisions sur l'articulation fonctionnelle des principes de la commande publique.	493
Paragraphe 1 : L'articulation fonctionnelle des principes dans l'élaboration d'un régime des modifications	
précontractuelles.	495
A : Le fondement juridique d'une systématisation du régime des modifications précontractuelles....	496
I : Les différentes catégories temporelles de candidats.	497
II : La distinction fondamentale entre candidats potentiels et candidats réels.	499
B : La systématisation du régime des modifications précontractuelles.....	500
I : La liberté d'accès, fondement du régime des modifications intéressant les candidats potentiels.	
.....	501
a : Les modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures.	501
b : Les modifications intervenant pendant la mise en concurrence.	504

II : L'égalité de traitement, fondement du régime des modifications intéressant les candidats réels.	507
Paragraphe 2 : L'articulation fonctionnelle des principes dans la poursuite des nouvelles politiques publiques.	509
A : L'articulation des principes face aux mesures relatives aux PME.	510
I : Une extension par la liberté d'accès.	511
II : Une restriction par l'égalité de traitement des candidats.	514
B : L'articulation des principes dans l'intégration des objectifs environnementaux et sociaux.	516
I : L'intégration des objectifs environnementaux et sociaux dans le droit positif.	517
II : Les conséquences de l'intégration sur les fonctions propres des principes.	520
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1</i>	<i>523</i>
<i>Chapitre 2 : Les implications sur le contentieux du droit de la commande publique.</i>	<i>524</i>
Section 1 : Les implications d'une définition des fonctions propres sur le contentieux précontractuel.	525
Paragraphe 1 : Les caractéristiques classiques du référé précontractuel.	526
A : Les conditions de recevabilité du référé précontractuel.	527
B : Les conditions d'octroi du référé précontractuel.	530
I : L'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant.	530
II : L'hétérogénéité des pouvoirs du juge.	536
Paragraphe 2 : Proposition d'une échelle principielle des sanctions prononcées par le juge du référé précontractuel.	539
A : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les atteintes au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.	540
I : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les manquements à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate.	541
II : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les manquements à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique médiate.	544
a : Pour les manquements intervenant lors du deuxième temps de la commande publique.	544
b : Pour les manquements intervenant lors de l'exécution du contrat.	546
B : Une annulation partielle de la procédure pour les atteintes au principe d'égalité de traitement des candidats.	547
I : Une annulation partielle de la procédure à compter des différentes phases de mise en concurrence.	548
II : Une annulation partielle de la procédure à compter de l'examen des offres.	549
C : L'échelle des sanctions pour les atteintes au principe de transparence des procédures.	551
I : L'annulation partielle ou totale de la procédure pour les manquements à la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure.	551
a : Une annulation de la procédure dans son ensemble lorsque l'information concerne les candidats potentiels.	552
b : Une annulation partielle de la procédure lorsque l'information concerne les seuls candidats réels.	553
II : Les mesures d'injonctions pour les manquements à la transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure.	554
Section 2 : Les implications d'une définition des fonctions propres sur le contentieux contractuel.	556
Paragraphe 1 : Un impact minime dans le contentieux contractuel à l'initiative des tiers.	559

A : L'évolution certaine du recours en contestation de la validité du contrat ouvert aux tiers.....	560
I : L'évolution de la physionomie du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers.	560
II : L'évolution des pouvoirs du juge dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers.	564
B : L'impact réduit d'une définition des fonctions propre des principes dans l'élaboration d'une échelle des sanctions.....	566
I : L'absence d'impact dans le cadre du recours <i>Tropic</i>	567
II : Un impact réduit dans le cadre du recours de la décision Département du Tarn-et-Garonne..	570
Paragraphe 2 : Un impact absent dans le contentieux contractuel à l'initiative des parties.....	573
A : L'effectivité limitée des irrégularités relatives aux principes de la commande publique.....	575
I : L'inadmissibilité de principe des moyens relatifs aux principes de la commande publique.....	576
II : L'admissibilité d'exception des moyens relatifs aux principes de la commande publique.....	579
B : L'utilisation minime de la définition des fonctions propres des principes de la commande publique.	581
I : L'inadmissibilité des vices relatifs aux principe d'égalité de traitement et de transparence des procédures.	581
II : L'admissibilité discutable des vices relatifs au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.	583
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	587
<i>CONCLUSION DU TITRE 2</i>	588
<i>CONCLUSION DE LA PARTIE 2</i>	589
<i>CONCLUSION GENERALE</i>	590
BIBLIOGRAPHIE	593

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff. : Affaire

AJCT : Actualité juridique des collectivités territoriales

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

AJDI : Actualité juridique du droit immobilier

Art. : Article

Ass. : Assemblée

Biblio. : Bibliothèque

BJCP : Bulletin juridique des contrats publics

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

c/ : contre

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cahiers CC : Cahiers du Conseil constitutionnel

Cass. Civ. : Cour de cassation, chambre civile

Cass. Com. : Cour de cassation, chambre commerciale, économique et financière

Cass. Crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. Soc. : Cour de cassation, chambre sociale

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'État

Cf. : *confer*

CGCT : Code générale des collectivités territoriales

chron. : Chronique

CJA : Code de justice administrative

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

coll. : collection

comm. : commentaire

concl. : conclusion

cons. : considérant

Contrats et marchés publ. : Revue contrats et marchés publics

CP-ACCP : Contrats publics-Actualité de la commande et des contrats publics

D. : Recueil Dalloz

Dactyl. : dactylographiée (pour une thèse non publiée)

DC : décision concernant la déclaration de conformité à la Constitution

dir. : sous la direction de

Dr. adm. : Revue de droit administratif.

éd. : édition, édité par

EDCE : études et documents du Conseil d'État

et s. : et suivant(e)s

fasc. : fascicule

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

ibid. : ibidem

Jcl. : jurisclasseur

JCP A : La semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales

JCP E : La semaine juridique, édition Entreprises

JCP G : La semaine juridique, édition Générale

JORF : Journal Officiel de la République Française

JOUE : Journal Officiel de l'Union européenne

La Doc. Fr. : La documentation française

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les petites affiches

n° : numéro

obs. observation

op. cit. : *opere citato*

Ord. : ordonnance

p. ; pp. : page ; pages

préc. : précité

PUAM : Presses Universitaire d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaire de France

PUP : Presses Universitaire de Perpignan

Rev. adm. : Revue administrative

RDI : Revue de droit immobilier

RDP : Revue de droit public et de la science juridique en France et à l'étranger

Rec. (selon le contexte) : Recueil Lebon des arrêts du CE, des décisions du TC, des arrêts des CAA, des jugements de TA ; Recueil des décisions du CC ; Recueil des décisions de la CJUE

Rép. : répertoire

rép. min. : réponse ministérielle

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RJEP : Revue juridique des entreprises publiques

RLC : Revue lamy concurrence

RLCT : Revue lamy collectivités territoriales

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

S. : Recueil Sirey

Sect. : Section

t. : tome

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

TGI : Tribunal de grande instance

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

v. : voir, se référer à

vol. : volume

*« Il ne saurait y avoir en droit de théorie plus fabuleuse
que celle des principes »*

Louis DUBOIS
« Le droit à cheval sur les principes généraux »
in Drôles de droits, Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandri
Dalloz 2000, p. 251.

INTRODUCTION GENERALE

Voici une vingtaine d'années, Marceau Long affirmait que « *le foisonnement du droit rend plus nécessaire encore les principes fondamentaux qui sont sources, au-delà de la multiplicité des textes, d'unité, de clarté, de garantie* »¹. La pertinence de cette énonciation a trouvé un relais certain en droit de la commande publique, dans la mesure où cette branche du droit a été cadencée par l'apparition d'une complexité des règles de droit et, concomitamment, par l'émergence de principes fondamentaux.

Ces dernières années ont été marquées, en droit de la commande publique, par un « désordre », maintes fois souligné par le discours doctrinal : désordre des mots, désordre des sources, désordre du droit². Cette affirmation n'a pas toujours été exacte car, jusque dans les années quatre-vingt, « *tout était relativement calme* »³ et le droit de la commande publique était « *cohérent, statique, d'aucuns diraient mobile* »⁴. Ce droit était marqué du « *symptôme d'un droit qui se porte bien : le nombre d'ouvrages, de revues, et mêmes d'enseignements dédiés à cette matière, comme d'ailleurs de juristes spécialisés sur ces questions, était des plus limités* »⁵. Ce havre de paix juridique, matérialisé par l'utilisation duale des marchés publics ou des concessions, a été troublé par l'usage de plus en plus fréquent de montages contractuels complexes permettant un financement privé des équipements publics⁶, dans l'objectif de faire face aux pénuries budgétaires publiques, et de se soustraire aux règles contraignantes des procédures de passation⁷. Depuis, les acteurs de la commande publique ont

¹ M. LONG, citation issue du colloque « Le droit au quotidien », Auditorium du Musée du Louvre, 11 et 12 octobre 1993, réf. citée par Y. JÉGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA* 1996, p. 209.

² Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse : bilan et perspectives du processus de réforme du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 12.

³ N. SYMCHOWICZ, « Pour un code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2007, ét. 7.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ Sur cette question, v. notamment N. SYMCHOWICZ, Ph. PROOT, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Le Mon., 3^{ème} éd., 2012.

⁷ Ce constat est probant surtout depuis les années quatre-vingt-dix, suite à l'adoption de la loi Sapin qui soumet la conclusion des délégations de service public au respect d'un certain formalisme : Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

assisté à la multiplication de « *formes de contrats inédites (...) empruntées au droit privé pour les unes, issues de la pure imagination des parties pour les autres, presque toujours complexes et ne répondant quasiment jamais aux canons des modèles classiques* »⁸.

Cette « *ingénierie juridique* »⁹, déployée en marge des canons du droit écrit, devait être relayée par le législateur. De l'intervention de ce dernier émergèrent alors des contrats spécifiques, dont la cohérence des régimes de passation reste à trouver¹⁰. S'en est alors suivie une « *déliquescence* » du droit des contrats publics¹¹, du fait de l'adoption de textes de plus en plus disparates, provoquant l'émergence d'une véritable « *boîte à outils contractuelle* »¹² composée de contrat hétéroclites. En outre, la disparition du marché d'entreprise de travaux publics (METP)¹³, le souci des pouvoirs publics de favoriser le développement des investissements publics en faisant appel à des financements par des opérateurs privés¹⁴, et l'expérience britannique des « *Private finance initiative* »¹⁵ ont contribué à la naissance d'une multitude de catégories de contrats d'achat public, au premier rang desquels figure le contrat de partenariat¹⁶. Débouchant sur un véritable « *maquis juridique* »¹⁷, le droit de la commande publique s'est révélé être le fruit « *d'une évolution par accumulation qui atteint aujourd'hui un tel niveau de sophistication qu'il en perd tout intelligibilité* »¹⁸. Cette tendance récente est ainsi venue remettre en cause l'équilibre placide de la matière, et désordonne une branche du droit aussi vitale pour les entreprises que pour l'administration¹⁹.

⁸ F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 7.

⁹ *Idem.*

¹⁰ F. LINDITCH, « Recherche sur la dimension non concurrentielle de l'achat public ou 101 raisons de ne pas mettre en concurrence les candidats à la commande publique, et quelques autres », in *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, colloque organisé les 5 et 6 novembre 2004 à l'IEP d'Aix-en-Provence, sous la dir. de F. Luchaire, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, p. 141.

¹¹ H.-G. HUBRECHT, F. MELLERAY, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 809.

¹² Ph. COSSALTER, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882.

¹³ CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, n° 150931, *Rec.* p. 19 ; *AJDA* 1999. 364, concl. C. Bergeal, note D. Chabanol ; *RDI* 1999. 230, obs. F. Llorens ; *ibid.* 233, obs. F. Llorens ; *RFDA* 1999. 1134, obs. J.-C. Douence ; *ibid.* 1172, note S. Braconnier ; *RTD com.* 1999. 661, obs. G. Orsoni.

¹⁴ J.-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins immobiliers sur le domaine public – Les aspects domaniaux des contrats de partenariats », *AJDA* 2005, p. 591.

¹⁵ S. BRACONNIER, « Les contrats de *Private Finance Initiative* », *BJCP* 2005, p. 14.

¹⁶ E. DELACOUR, « Rapport introductif : les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique : du marché public à la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 6.

¹⁷ G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 599.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ P. DELVOLVÉ, « Les contrats publics dans le désordre », *RDC* 2006, p. 951.

Cette « *frénésie contractuelle* »²⁰ a débouché sur une complexification patente et pathologique d'un droit de la commande publique « *en miettes* »²¹, qui s'est transformé en une discipline « *d'initiés, voire de spécialistes, dans les arcanes de laquelle le novice a tôt fait de se perdre* »²². Alors que la commande publique est une notion globalisante, son traitement par le droit a privilégié une approche sectorielle et parcellisée de son régime. À cet égard, « *les qualificatifs utilisés par la doctrine pour dépeindre l'évolution contemporaine du droit des contrats administratifs témoignent d'un certain malaise. Même si le mot "crise" n'est pas prononcé, il est dans tous les esprits. C'est en effet "le désordre", l'émiettement, la "fragmentation" ou encore l'éclatement qui caractérise le droit des contrats administratifs* »²³. Afin de remédier à cette complexité croissante, les pouvoirs publics français et européen ont entrepris des réformes de simplification par l'adoption, notamment, de codes des marchés publics successifs²⁴ et de directives visant à uniformiser le régime de l'achat public dans les ordres juridiques des États membres²⁵. Cette préoccupation simplificatrice est toujours de circonstance, en témoigne la richesse de l'actualité du droit de la commande publique, matérialisée par l'adoption de nouvelles directives²⁶ dont la transposition fut lancée dans le courant de l'année 2015²⁷.

La complexification d'une matière, d'un système ou d'un ordre juridique, s'accompagne fréquemment de l'émergence de principes fondamentaux, dans un objectif de restructuration et d'unification des régimes applicables. Dans ce cadre, le recours à l'utilisation de principes

²⁰ Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 16.

²¹ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le droit de la commande publique en miettes », *Contrats et marchés publ.* 2005, Repère 1.

²² Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 11.

²³ P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, p. 264.

²⁴ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics, *JORF* n°57 du 8 mars 2001, p. 37003 ; *AJDA* 2001, p. 360, comm. M. Guibal ; *AJDA* 2001 p. 367, comm. S. Pignon et D. Bandet ; *RDI* 2001, p. 211, comm. J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2001, n° 24, p. 1153, comm. M. Guibal ; *BJCP*, 2001, n° 16, n° spécial « Réforme du code des marchés publics » – Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, *JORF* n°6 du 8 janvier 2004, p. 37003 – Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, *JORF* n°179 du 4 août 2006, p. 11627.

²⁵ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOCE* p. L. 134/1 – Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOCE* p. L. 134/114.

²⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* p. L. 94/1 – Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* 2014, p. L. 94/65 – Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE* p. L.94/243.

²⁷ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.

bénéficie d'une double légitimité, tenant à la rationalisation et à la mise en cohérence de l'ordre juridique concerné²⁸. En droit de l'environnement, par exemple, c'est à la suite d'une accumulation de réglementations fragmentées que sont apparus les grands principes relatifs à cette matière²⁹, pour pallier l'émiettement et la déstructuration de cette branche du droit³⁰. C'est cette même logique qui a justifié la démultiplication des principes dans le droit des finances publiques³¹, et à laquelle le droit de la commande publique n'a pas échappé. En effet, l'apparition des principes contemporains³² de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, coïncide avec cet imbroglio latent des droits interne et européen.

Sont donc apparus, par un mouvement combiné des juges interne, européen, et des pouvoirs normatifs, les principes fondamentaux de la commande publique³³. Cette consécration jurisprudentielle et normative s'analyse comme une « *sacralisation* »³⁴ de règles anciennes, dans la mesure où la pratique a précédé la reconnaissance des dits principes³⁵. Ces derniers ont désormais vocation à former « *la matrice d'un nouveau droit des contrats publics* »³⁶, et c'est sur leur fondement qu'il convient d'apprécier « *toute règle ou toute solution régissant la commande publique* »³⁷. En d'autres termes, ces principes ont pour objectif de guider à la fois l'adoption de règles encadrant le régime de la commande publique et, au contentieux, les solutions permettant de résoudre un litige.

²⁸ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722.

²⁹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JORF* du 3 février 1995, p. 1840.

³⁰ Y. JÉGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA* 1996, p. 209.

³¹ J.-L. ALBERT, « Les principes en droit financier », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, 2008, p. 228.

³² Il semble pertinent de parler de principes contemporains, dans la mesure où l'étude historique du droit des contrats administratifs dévoile qu'il existait déjà des principes relatifs à cette matière, dont la dénomination diffère de celle utilisée actuellement. Toutefois, ces principes, fluctuant au gré des écrits doctrinaux, n'avaient pas fait l'objet d'une consécration à la différence des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

³³ Cf. *Infra*.

³⁴ J.-F. SESTIER, « Les principes de la commande publique », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, 2008, p. 189.

³⁵ V. sur cette question : F. ROLIN, « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs », in *À propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 9.

³⁶ G. ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 239.

³⁷ *Idem*.

L'émergence récente d'un corpus constitué de principes dans le cadre d'une matière aussi riche interpelle le chercheur, et l'amène à s'engager dans les méandres d'une réflexion sur la signification et le contenu des principes. Suite à leur consécration, des interrogations se sont rapidement présentées, notamment celles tenant à leurs fonctions et à leur articulation dans le droit de la commande publique. L'instabilité chronique de la matière, le dessein contemporain de clarté et de simplification de la règle de droit, l'évolution incessante du contentieux précontractuel comme contractuel, sont autant d'éléments qui indiquent que ces interrogations restent, au moins en partie, à résoudre. Si les fonctions communes des principes semblent aujourd'hui définies, l'analyse du droit positif et du discours doctrinal révèle l'impossibilité de procéder à une détermination de leurs fonctions propres comme de leur articulation. Ce constat décevant ne doit pas pour autant inciter au renoncement.

Reconnus dans un objectif de rationalisation et d'uniformisation de la matière, l'étude de leurs fonctions propres et de leur articulation s'avère nécessaire, afin de lever les incertitudes sur leur application en droit positif. Dévoiler l'ensemble de ces éléments, les conceptualiser pour ensuite les confronter à la réalité du droit positif annonce l'enjeu de la présente recherche. Ces questionnements nécessitent de se pencher d'abord sur l'intérêt de l'étude, (I), pour en cerner ensuite le cadre (II). Ce n'est qu'au terme de cette présentation préalable que pourra être exposée la problématique retenue (III).

I) Intérêt de la recherche.

En droit positif, un premier constat relève de l'évidence, celui de l'existence d'un ensemble homogène formé par les trois principes de la commande publique. Ces derniers sont, dans les textes comme dans la jurisprudence, systématiquement abordés de manière globale³⁸. À ce titre, ils sont présentés comme poursuivant des objectifs communs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics³⁹ et d'ouverture du marché européen à la concurrence. Les fonctions du « tout » formé par les principes sont donc clairement identifiées. En outre, il est admis qu'ils poursuivent conjointement ces objectifs au

³⁸ Cf. *Infra*.

³⁹ Cf. Art. 1^{er} du Code des marchés publics – Art. 1^{er}-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015 p. 12602.

moyen d'obligations de publicité et de mise en concurrence⁴⁰, concrétisées par l'existence des procédures de passation. Par conséquent, l'acception objective de leurs fonctions est également définie.

En revanche, il est plus difficile de percevoir les fonctions spécifiques à chaque principe, ainsi que leur articulation, au sein de l'ensemble qu'ils forment. En d'autres termes, l'analyse du droit positif révèle l'absence de précision sur la substance propre à chacun d'eux, ce qui ne permet pas d'appréhender leur articulation dans le régime et, partant, dans le contentieux du droit de la commande publique. Ainsi que l'affirme Sébastien Platon, « *ces quelques principes sont bien évidemment fort vagues, en particulier concernant leurs implications exactes sur le déroulé de la passation* »⁴¹. Ce constat n'est pas surprenant, dans la mesure où leur consécration est récente, « *ce qui ne permet pas d'avoir du recul – ni jurisprudentiel, ni doctrinal – sur leur consistance* »⁴². Par conséquent, le champ doctrinal étant encore largement ouvert pour une telle étude (A), la détermination des fonctions propres à chaque principe s'avère nécessaire et semble possible (B).

A) Un champ doctrinal encore largement ouvert.

Les lacunes du droit peuvent être comblées par le discours doctrinal, notamment par les recherches doctorales, dans la mesure où ces travaux « *tendent à conceptualiser, à expliquer, à coordonner des règles ou des tendances jusque là confuses ou embryonnaires* »⁴³. Le droit de la commande publique, depuis sa consécration par le Conseil constitutionnel⁴⁴, a fait l'objet de nombreux travaux. Partant, une étude sur les fonctions des principes relatifs à cette matière pourrait sembler inutile. En effet, l'ensemble des travaux de thèse relatifs au droit des

⁴⁰ S. BRACONNIER, « Le nouveau Code des marchés publics : entre responsabilisation et libéralisation », *JCP E*, n° 18, Avril 2004, p. 647 : « le second alinéa de l'article 1er-I du code ajoute que ces trois principes servent deux objectifs, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, eux-mêmes servis par les trois outils juridiques que sont la définition préalable des besoins (CMP, art. 5), le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » – E. LANGELE, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Thèse, LGDJ, éd. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012, p. 384 : « la publicité et la concurrence sont présentes ici mais comme des moyens de réalisation des deux objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers que les trois principes précités visaient déjà à assurer ».

⁴¹ S. PLATON, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA* 2014, p. 841.

⁴² G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 599.

⁴³ P. FOUCHARD, « Rapport introductif », in *La thèse de doctorat en droit et la recherche juridique*, LGDJ, 1993, p. 20.

⁴⁴ Cf. *Infra*.

contrats publics évoque l'existence de principes fondamentaux et en restitue les grandes lignes. Toutefois, les principes n'ont pas encore eu l'occasion de faire l'objet d'une étude directe et globale, et sont essentiellement mentionnés au détour d'un autre objet d'étude, dont la conceptualisation nécessite la mobilisation de leurs fonctions d'ensemble⁴⁵. Dans ce cadre, les principes sont perçus comme la composante d'une étude plus large, sans être strictement analysés par et pour eux-mêmes.

En outre, ce sont les fonctions globales des principes qui sont généralement explicitées, rarement les fonctions propres à chacun ou leur articulation. Deux travaux font exception à cette remarque : ceux de Grégory Kalfèche⁴⁶ et de Efthymia Lekkou⁴⁷. Dans la première thèse, un titre est consacré aux principes. Toutefois, cette analyse est quasi-concomitante à la consécration d'un droit de la commande publique et des principes qui y sont relatifs. Par conséquent, sans nier l'intérêt de l'œuvre de systématisation, il n'existait nécessairement pas, à ce moment précis, le recul requis pour la conceptualisation des fonctions des principes. Le deuxième travail de thèse porte sur *La transparence et la commande publique*. L'auteur recherche et expose les fonctions propres du principe de transparence, au moyen d'un projet d'analyse exhaustive du droit positif, notamment du droit de l'Union européenne. Mais c'est une conception transversale de la transparence que retient l'auteur, sans rechercher les fonctions propres des autres principes de la commande publique. Dès lors, le présent travail de recherche, dont l'objectif est de déterminer les fonctions propres à chaque principe, s'inscrit nécessairement dans une démarche différente et tout à fait complémentaire.

La thèse n'est pas le seul mode d'expression de la littérature juridique, car « *celle-ci en comporte de nombreux autres, de caractère plus ponctuel, plus limité* »⁴⁸. Le droit de la commande publique fait l'objet de nombreuses études, notes, chroniques et manifestations

⁴⁵ V. notamment : M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004 – G. KALFLECHE, *op. cit.* – L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006 – Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, LGDJ, coll. Thèse, Biblio. de droit public, Tome 249, 2007 – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009 – L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010 – E. LANGELIER, *op. cit.* – E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013 – P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014.

⁴⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*

⁴⁷ E. LEKKOU, *op. cit.*

⁴⁸ B. OPPETIT, « Première table ronde », in *La thèse de doctorat en droit et la recherche juridique*, LGDJ, 1993, p. 31.

scientifiques, comme en témoigne la spécialisation de certaines revues sur cette matière⁴⁹. En outre, étant de plus en plus enseignée dans le cadre des études de second cycle dans les facultés de droit, il existe de nombreux ouvrages spécifiques à la matière⁵⁰. Malgré ces nombreuses études, générales ou techniques, conceptuelles ou fonctionnelles, le constat s'impose de la rareté des articles ou des ouvrages qui consacrent des développements sur les fonctions propres aux principes, ainsi que sur leur articulation en droit de la commande publique. Les études adoptent généralement une approche plus technique de la matière, qui consiste moins à conceptualiser les principes qu'à analyser les moyens de leur mise en œuvre. Une telle lecture, qui rend la matière plus directement opérationnelle, laisse à la présente étude le champ d'épanouissement nécessaire.

De cette première observation découle un constat à l'origine de la recherche : les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique ne sont jamais à l'origine d'une étude directe et globale. Elles ne semblent pas inspirer de réflexion d'ensemble, ni esquisser de potentialités suffisantes pour constituer un objet d'étude à part entière. Est-ce à dire que la carence doctrinale constatée à ce sujet traduirait l'inutilité d'une telle démarche ? Assurément non, puisqu'une étude globale sur les fonctions des principes et sur leur articulation s'avère actuellement nécessaire.

B) La nécessité de la recherche.

La reconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique marque « *une profonde évolution* »⁵¹, dans la mesure où ils constituent « *un régime juridique d'ores et déjà applicable* »⁵² à la notion de commande publique, et donnent « *un sens à l'évolution future de ces contrats en permettant, à terme, d'unifier une partie de leurs régimes autour de réponses communes correspondant à des obligations issues de principes communs* »⁵³. Au contentieux, les principes participent à la solution du litige, dès lors qu'ils sont sollicités par le juge lorsque les textes sont imprécis ou lacunaires. Ils revêtent donc une importance fondamentale tant

⁴⁹ V. notamment : *Revue contrats et marchés publics* ; *Bulletin juridique des contrats publics* ; *Contrats publics – Actualité de la commande et des contrats publics*.

⁵⁰ Cf. *Infra*, Bibliographie.

⁵¹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 546.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

dans l'élaboration d'un régime de la commande publique que dans la sanction de son irrespect.

Dès lors, la consécration de ces principes qui forment un ensemble homogène a rapidement fait émerger une difficulté certaine : celle tenant à leur consistance propre. À ce titre, Grégory Kalflèche s'interroge : « *la première question est celle de la précision de chacun d'eux. Comment en effet sanctionner une passation pour non-respect d'un principe (...) si ce dernier n'est pas déterminé de façon suffisamment détaillée et explicite ?* »⁵⁴. En outre, il semble difficile d'appréhender clairement les règles découlant du régime de la commande publique sans connaître l'articulation des principes qui en constituent le socle commun, et dont l'application révèle l'existence de rapports complexes⁵⁵. En témoignent les incessantes réformes du droit positif et la fluctuation latente de la jurisprudence.

Le constat est aujourd'hui certain : les principes fondamentaux de la commande publique souffrent d'une imprécision juridique, alors qu'ils sont constamment sollicités pour l'élaboration des règles relatives aux contrats publics ou pour la sanction de leur irrespect. À cet égard, les règles de la commande publique « *ne produisent des effets utiles devant le juge qu'à l'aune de leur impact sur les principes* »⁵⁶ de la commande publique. Ces derniers sont ainsi la clé de voûte du contrôle des juges du contentieux de cette branche du droit. À ce titre, et du fait du caractère global du droit des contrats publics, les principes sont utilisés par plusieurs juridictions différentes, ce qui rend plus nécessaire encore une étude sur leurs fonctions propres en vue d'unifier la compréhension du contentieux de la commande publique. À l'échelle du droit de l'Union européenne, il existe « *un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres* »⁵⁷. De plus, depuis qu'ils ont acquis une fonction supplétive certaine⁵⁸, ils disposent d'un rôle fondamental lorsque les textes sont absents ou imprécis. En conséquence, une précision sur leur substance propre est indispensable, dans la mesure où, d'une part, la viabilité d'un

⁵⁴ *Ibid.*, p. 599.

⁵⁵ E. LANGELIER, *op. cit.*, pp. 383 et s.

⁵⁶ S. BRACONNIER, « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », in *Performance et droit administratif*, Colloque organisé par le LERAD les 29 et 30 janvier 2009 à l'Université François-Rabelais de Tours, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2010, p. 157.

⁵⁷ Directive 2014/23/UE préc., cons. 4.

⁵⁸ Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

montage contractuel nécessite le respect de règles techniques et précises et où, d'autre part, « *le seul respect de la loi n'assure plus la sécurité des montages juridiques* »⁵⁹.

L'évolution récente du droit de la commande publique, matérialisée par l'adoption de nouvelles directives qui conduisent le droit français à entrer « *dans des zones de fortes turbulences* »⁶⁰, ne résout pas les problématiques relatives à l'imprécision des fonctions propres à chaque principe. Au contraire, l'extension du champ d'application des principes européens aux concessions de service, l'intégration de plus de souplesse et de négociation dans la conduite de la procédure, l'existence d'un « *champ renouvelé de la commande publique* »⁶¹ débouchant sur le projet d'un Code de la commande publique, maintiennent la fréquence et l'importance du recours à ces principes. Car si le propre du droit et des règles écrites est d'évoluer, il existe à côté de ces dispositions, des principes « *qui ne peuvent être changés, modifiés abrogés ou révisés. Ils constituent les bases, la philosophie ou les fondements de système et donnent toute leur signification au droit* »⁶². Leur stabilité, résistant face à l'évolution permanente du droit de la commande publique, corrobore l'intérêt d'une telle recherche, dont il convient de délimiter le cadre.

II) Le cadre de la recherche.

Tout travail de thèse nécessite, au préalable, une définition du cadre de la recherche, afin de renseigner le lecteur sur les éléments qui feront l'objet des analyses ultérieures. La détermination de ce cadre s'opère d'abord par une précision des termes du sujet (A), pour ensuite appréhender le champ d'étude (B).

⁵⁹ G. ECKERT, art. préc.

⁶⁰ Ph. TERNEYRE, « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, art. 3.

⁶¹ G. CLAMOUR, « Vers le code de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 29.

⁶² K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse, PUAM, 2008, p. 35.

A) Définition des termes du sujet.

Les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures sont rattachés à une branche du droit récente et spécifique, le « *droit commun de la commande publique* »⁶³. Il est donc nécessaire, au préalable, de déterminer ce que recouvre cette matière par une définition du terme de « commande publique », afin de visualiser le champ d'application des principes objets de la présente recherche (1). Ces derniers doivent également être identifiés, dans la mesure où ils ont pu faire l'objet d'une typologie mouvante au gré des différents travaux doctrinaux⁶⁴. En outre, les principes issus du droit de l'Union européenne ne détenant pas exactement la même dénomination que les principes français, il convient de désigner la typologie retenue (2). Le terme de « fonction » doit également être défini, dès lors qu'il constitue la finalité du présent travail de thèse (3).

1) La notion de commande publique.

En droit interne, le terme de « commande publique » est utilisé de manière fréquente, sans qu'il soit pour autant possible d'en donner une définition précise. Dans le cadre de la présente recherche, l'acception retenue est celle qui prévaut dans le discours doctrinal et le droit positif, et qui correspond à l'ensemble des contrats faisant l'objet de procédures de passation spécifiques (a). En droit de l'Union européenne, la notion de commande publique n'existe pas en tant que telle. Toutefois, cette inexistence n'est pas dirimante, dans la mesure où les contrats de droit français faisant l'objet d'une réglementation spécifique recouvrent largement les conventions soumises à un régime européen particulier (b).

a) La notion de commande publique en droit interne.

C'est, depuis la deuxième moitié du siècle dernier, une classification dualiste entre marchés publics et concessions qui prévaut en droit interne⁶⁵. Systématisée dans le *Traité des*

⁶³ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, ét. E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis.

⁶⁴ Cf. *Infra*.

⁶⁵ F. LLORENS, art. préc. L'auteur souligne que cette classification dualiste n'apparaissait pas encore dans les ouvrages de Gaston Jèze (*Théorie générale des contrats de l'administration*, M. GIARD, 3^{ème} éd., 1934) et de Georges Péquignot (*Théorie générale du contrat administratif*, Ed. A. Pédone, 1945).

*contrats administratifs*⁶⁶, cette classification oppose les marchés publics, unifiés sous un régime de passation issus du Code des marchés publics de 1964⁶⁷, et les autres contrats de type concessif, dont l'attribution échappe à toute règle de publicité et de mise en concurrence⁶⁸. La loi *Sapin*⁶⁹, tout en pérennisant cette classification⁷⁰, étoffe la catégorie des contrats soumis à des procédures de passation – en imposant à la conclusion des délégations de service public le respect d'obligations particulières – et donne en conséquence le sentiment de l'existence d'un droit de la commande publique naissant. La création législative de la catégorie des contrats globaux sectoriels⁷¹ et des contrats de partenariats, soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence⁷² et dont l'objet est la réalisation d'ouvrages publics au moyen de financements privés, corrobore l'émergence d'un droit de la commande publique qui dépasse la *summa divisio* classique. C'est notamment dans le cadre de ces contrats globaux sectoriels qu'apparaît la notion de « *droit commun de la commande publique* ».

En droit positif, la notion de « commande publique » apparaît pour la première fois à l'article 1^{er} du Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001⁷³, dans la formulation du principe de « *liberté d'accès à la commande publique* » et de l'objectif d' « *efficacité de la commande publique* ». Mais dans ce cadre, elle n'est qu'un « *synonyme de la notion de marché public* »⁷⁴. Cette notion semble s'être « *progressivement distinguée* »⁷⁵ de cette catégorie de contrats sous l'influence du juge constitutionnel, « *d'abord avec prudence* »⁷⁶

⁶⁶ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tomes 1 et 2.

⁶⁷ Décret n°64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, *JORF* du 21 juillet 1964 p. 6438.

⁶⁸ F. LLORENS, art. préc.

⁶⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, préc.

⁷⁰ La loi *Sapin* maintient la conception dualiste entre marchés publics et concessions, dans la mesure où les contraintes procédurales pesant sur les autorités délégantes sont plus souples que celles qui s'imposent lors de la passation des marchés publics.

⁷¹ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JORF* du 30 août 2002, p. 14398 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 203, obs. E. Delacour ; *BJCP* 2002, p. 498, obs. Ph. Terneyre – Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934 – Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008, *JORF* du 29 janvier 2003, p. 1744 – Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure modifiant la loi du 29 août 2002 préc., *JORF* n°66 du 19 mars 2003, p. 4761 – Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, *JORF* n°274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

⁷² Sur cette question, v. notamment P. DELVOLVE, « Les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079.

⁷³ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc.

⁷⁴ G. ECKERT, art. préc., p. 239.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

dans une décision du 29 août 2002⁷⁷, « *puis avec beaucoup plus d'éclat* »⁷⁸ dans une décision du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*⁷⁹. Corroborant l'existence d'un « *droit commun de la commande publique* », le Conseil constitutionnel englobe dans cette notion des contrats qui ne sont ni des marchés publics au sens du droit interne, ni des délégations de service public, tels que les contrats sectoriels globaux⁸⁰ ou les contrats de partenariat⁸¹ issus de l'ordonnance du 17 juin 2004⁸². Cette notion est aujourd'hui consacrée par le législateur et le pouvoir réglementaire, qui l'utilisent de manière commune dans les textes relatifs au droit de la commande publique⁸³. Depuis, la notion de « commande publique » est utilisée « *à outrance* »⁸⁴, sans que le droit positif n'en apporte une définition substantielle, une définition juridique. Si cette dernière « *est un instrument de qualification* »⁸⁵ qui « *fournit les éléments qui permettent de décider si un acte ou une situation entre dans une catégorie à laquelle s'applique un régime* »⁸⁶, il est vrai que la notion de commande publique ne dispose pas en soi d'une telle définition.

À cet égard, François Llorens affirmait en 2005 qu'« *on ne sait pas ce qu'est la commande publique* »⁸⁷, bien que certains travaux doctrinaux tentent d'éclairer le sens de ce terme⁸⁸.

⁷⁷ CC, décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204 ; D. 2003. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot ; AJDI 2002. 708 ; RSC 2003. 606, obs. V. Bück ; *ibid.* 612, obs. V. Bück.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

⁸⁰ CC, décision n°2002-460 du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, Rec. p. 198 ; AJDA 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; D. 2003. 1125, obs. D. Ribes – CC, décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, préc. – CC, décision n° 2009-575 du 12 février 2009, *Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, Rec. p. 48 ; AJDA 2009. 286 ; RFDA 2009. 580, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud – CC, décision n° 2012-651 du 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, Rec. p. 155 ; AJDA 2012. 625.

⁸¹ CC, décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, Rec. p. 211 ; AJDA 2004. 2365 ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier – CC, décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, Rec. p. 341 ; AJDA 2008. 1664, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud

⁸² Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004, p. 10994.

⁸³ V. notamment Art. 84 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JORF n° 0287 du 10 décembre 2004, p. 20857 – Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009, p. 7796 – Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0276 du 28 novembre 2009, p. 20566.

⁸⁴ L. TALLET-PREUD'HOMME, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014, p. 21.

⁸⁵ L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », AJDA 1994, p. 13.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ F. LLORENS, art. préc.

⁸⁸ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 27 : « *un contrat de la commande publique est un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs*

Actuellement dépourvue d'une définition textuelle, la commande publique recouvre « *une nébuleuse de contrats mal définie qui n'englobe pas seulement les marchés publics et qu'il a été un temps envisagé de regrouper dans un code de la commande publique. En ce sens large, la commande publique recouvre en partie les marchés publics et en partie les contrats par lesquels une personne publique se procure un bien ou un service* »⁸⁹. En d'autres termes, cette expression « *n'a rien d'une notion juridique* »⁹⁰ et dispose de « *contours mal définis* »⁹¹.

De manière générale, deux conceptions s'opposent. La première, restrictive⁹², considère que la commande publique recouvre les contrats d'achat public⁹³, qui sont circonscrits aux marchés publics. La seconde, plus élargie, englobe l'ensemble des contrats par lesquels « *les personnes publiques cherchent à se procurer un bien ou un service, y compris ce service d'une nature particulière qui consiste à gérer, avec une relative autonomie, une activité ou un équipement* »⁹⁴. Selon Gabriel Eckert, cette dernière approche « *paraît préférable dans la mesure où, d'une part, elle prend acte de ce que les marchés et les délégations ne s'opposent pas tant par leur objet que par leur mode de financement et, d'autre part, en ce qu'elle favorise l'émergence de principes communs aux deux grandes catégories de contrats publics* »⁹⁵. Cette conception est confirmée par le Tribunal des conflits, qui décide que les règles régissant la commande publique sont applicables « *aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public* »⁹⁶. Dans ce cadre, la commande publique réunit la « *quadrilogie française* »⁹⁷, constituée des marchés publics, des délégations de service public, des concessions de travaux publics et des partenariats public-privé.

personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services ».

⁸⁹ L. RICHER, E. FATÔME, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun de la commande publique” et de la domanialité publique, à propos de Cons. Const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit », *AJDA* 2003, p. 2348.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ J.-D. DREYFUS, B. BASSET, « Autour de la notion de “droit commun de la commande publique” », *AJDA* 2004, p. 2257.

⁹² V. notamment C. BARDON et Y. SIMONNET, « *Telaustria* : quel périmètre », *Dr. adm.* 2009, ét. 2.

⁹³ Y. GAUDEMET, « Bilan et perspective du processus de réforme du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, doct. 12.

⁹⁴ F. LLORENS, art. préc.

⁹⁵ G. ECKERT, art. préc., p. 241.

⁹⁶ TC, 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche*, n° C-37/54 ; *RFDA* 2010, p. 959, concl. M. Guyomar.

⁹⁷ S. BRACONNIER, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions . - Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP G* 2014, doct. 567.

Le droit positif confirme par la suite cette vision globale de la notion de commande publique. Selon l'ordonnance du 7 juin 2009⁹⁸, les contrats de la commande publique sont « *les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* »⁹⁹ ainsi que les « *contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de service, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation* »¹⁰⁰. Pour le dire autrement, et toujours selon l'ordonnance, il s'agit de l'ensemble des contrats dont la conclusion est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, justifiant à cet égard la possibilité pour les candidats évincés de former un référé précontractuel. Ainsi, l'ordonnance « *formule une définition plus unitaire de la commande publique* »¹⁰¹, et s'inscrit « *dans une recherche de caractérisation abstraite de la commande publique en vue de dégager ce qui constitue l'unité conceptuelle des objets qui la composent* »¹⁰². En conséquence, la notion de commande publique recouvre l'ensemble des contrats entrant dans le champ d'application des principes de la commande publique, dont découlent des obligations procédurales spécifiques de publicité et de mise en concurrence. C'est une acception identique qu'il convient de retenir dans le cadre du droit de l'Union européenne.

b) La notion de commande publique en droit de l'Union européenne.

En droit de l'Union européenne, le vocable de « commande publique » n'existe pas en tant que tel. Le législateur européen n'utilise pas un terme générique pour désigner les contrats des autorités adjudicatrices devant faire l'objet de dispositions particulières en raison d'un « *rapport suffisamment étroit avec le fonctionnement du marché intérieur* »¹⁰³, et présentant par conséquent « *un intérêt économique pour les soumissionnaires venant d'autres États membres* »¹⁰⁴. À l'instar du droit interne, les contrats de la « commande publique européenne » peuvent être définis comme l'ensemble des conventions soumises à des dispositions spécifiques de passation et d'exécution, car entrant dans le champ d'application

⁹⁸ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, préc.

⁹⁹ *Ibid.*, art. 1^{er}.

¹⁰⁰ *Ibid.*, art. 2.

¹⁰¹ J.-F. LAFAIX, « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique - Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 8.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ E. LEKKOU, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁴ *Idem.*

des directives¹⁰⁵ ou soumis à la sujétion du droit primaire¹⁰⁶. Il s'agit donc de la *summa divisio* européenne des marchés publics et des concessions de travaux ou de services.

Cette *summa divisio* englobe l'ensemble des catégories des contrats de la commande publique française, dans la mesure où le législateur européen retient une définition large des notions de marchés publics et de concessions. Au sens du droit de l'Union européenne, les marchés publics sont des contrats conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques, et une ou plusieurs autorités adjudicatrices, et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services¹⁰⁷. Les concessions sont des contrats par lesquels une ou plusieurs autorités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services, à un ou plusieurs opérateurs économiques, avec une contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou service objets du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix¹⁰⁸. Par conséquent, la notion de commande publique retenue en droit de l'Union européenne recouvre celle précédemment définie du droit interne.

La notion de commande publique retenue dans le cadre de la présente recherche est donc celle qui recouvre l'ensemble des contrats soumis à des procédures de passation spécifiques en droit interne et en droit de l'Union européenne, que certains nomment les « *contrats publics d'affaire* »¹⁰⁹. Il convient à présent d'identifier quels sont les principes qui se rattachent à cette notion globalisante.

2) *La notion de principes fondamentaux de la commande publique.*

Les principes sont, « *pour beaucoup d'entre eux, à la base de notre droit. Tous les champs disciplinaires semblent concernés : des plus classiques, comme le droit civil ou le*

¹⁰⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc. – Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, préc. – Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc.

¹⁰⁶ Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁰⁷ Art. 2 de la directive 2014/24/UE préc. – Art. 2 de la directive 2014/25/UE préc.

¹⁰⁸ Art. 5 de la directive 2014/23/UE préc.

¹⁰⁹ V. notamment S. BRACONNIER, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 832 – A. LOUVARIS, « La dénomination de contrats publics d'affaire », *AJCA* 2015, p. 152.

droit administratif, aux plus jeunes, tel le droit communautaire ou le droit de l'environnement ; des plus techniques, comme le droit budgétaire ou le droit des marchés publics, aux plus généraux, tel le droit international ou le droit constitutionnel »¹¹⁰. En droit de la commande publique, « *la chose est entendue* »¹¹¹ : il existe des principes de valeur constitutionnelle, communs à l'ensemble de cette matière, et composés de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures.

En effet, concomitamment à l'apparition de la notion de commande publique, est révélée l'existence d'un corpus de principes s'y rattachant, désignés comme « principes fondamentaux » de la commande publique¹¹². En droit positif, ils apparaissent à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001, qui dispose que « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Ils acquièrent ensuite la valeur de principes généraux du droit¹¹³, puis de principes à valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003¹¹⁴, qui les étend à un ensemble de contrats qu'il qualifie lui-même de commande publique. En droit de l'Union européenne, il est acquis que les textes et les acteurs de la commande publique respectent les principes du traité, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence¹¹⁵.

La liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures sont donc identifiées comme des « principes ». Dans le vocabulaire juridique, le terme « principe » recouvre des acceptions multiples¹¹⁶. Il est

¹¹⁰ S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 1.

¹¹¹ G. ECKERT, art. préc.

¹¹² Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* – t. 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2011, p. 574.

¹¹³ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugué ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude Gourdou et Bourrel.

¹¹⁴ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

¹¹⁵ C'est la formule classiquement employée par les textes des directives et la Cour de justice de l'Union européenne.

¹¹⁶ Sur une étude complète de la polysémie du terme « principe », v. notamment A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », », in *Les principes en droit*,

désigné comme une « *règle ou norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* »¹¹⁷, ou encore comme « *une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »¹¹⁸. Les principes sont, en outre, considérés comme des énoncés « *normatifs ou prescriptifs, qui ordonnent les comportements sociaux dans un système juridique déterminé* »¹¹⁹. Dans un ordre juridique, le principe est essentiel, car « *dans la confrontation des actes et du droit, celui-ci se réduit en dernière analyse à des principes* »¹²⁰. La liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la transparence des procédures sont nécessairement des « principes », dès lors qu'ils « *transcendent, et en même temps orientent, la règle de droit* »¹²¹. En effet, ces principes, qui trouvent une spécificité dans le cadre de la commande publique, servent à la fois d'épine dorsale au régime de cette matière et de corpus de référence pour sanctionner des comportements¹²².

En outre, dans le langage courant, ces principes ont acquis la valeur de « principes fondamentaux ». Dans la matière juridique, « *le principe exprime la source dans sa primauté et son antériorité, le fondement exprime la source dans sa solidité et sa stabilité. L'expression principe fondamental peut alors être comprise comme revêtant un double sens : ce qui est à la fois enraciné et érigé* »¹²³. Le Conseil d'État corrobore ce caractère, en employant explicitement la formule de « *principes fondamentaux de la commande publique* » dans certaines de ses décisions¹²⁴. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'utilise pas l'adjectif « fondamental » lorsqu'il évoque les principes, ce qui soulève la question de leur réelle fondamentalité. Ces brèves observations mettent en lumière l'interrogation perceptible autour de la notion de fondamentalité, qui justifie à elle seule un objet d'étude¹²⁵. Cependant, le

Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, pp. 49-74.

¹¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 672.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 724.

¹²⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 238.

¹²¹ J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Thèse, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 26, 2003, p. 8.

¹²² G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 592.

¹²³ E. RUBI-CAVAGNA (dir.), *Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Monnet Saint-Étienne, 2004, p. 7.

¹²⁴ CE, 27 mars 2015, n° 386646 – CE, 10 juillet 2013, *Société Électricité de Tahiti*, n° 361607 ; *JCP G.* 2014. 2027, note J.-S. Boda et C. Fontaine – CE, 7 novembre 2012, *Polynésie française*, n° 360252 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 10, obs. M. Ubaud-Bergeron – CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment – Meurice et associés*, n° 353305 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 278, obs. M. Ubaud-Bergeron.

¹²⁵ V. sur cette notion C. COUDERT, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, thèse dactyl., Université d'Auvergne, 2011.

présent travail de recherche, qui porte sur les fonctions des principes et non sur leur caractère fondamental, n'appelle pas de développements relatifs à cette notion.

L'étude porte donc sur les principes fondamentaux de la commande publique. Il convient par conséquent de déterminer, au préalable, quelle est leur typologie exacte. En droit interne, les textes et la jurisprudence font explicitement référence aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Cependant, il est possible de trouver dans le discours doctrinal des classifications différentes de celle retenue par le droit positif¹²⁶, dès lors que « *chacun des auteurs y est allé de sa propre analyse qui l'a amené à élaborer sa propre classification* »¹²⁷. Dans le cadre du présent travail, la typologie des principes objets de l'étude est celle retenue par le droit positif, la méthode envisagée passant par une observation approfondie des textes et de la jurisprudence. En outre, la détermination des principes du droit de l'Union diffère quelque peu de celle du droit interne¹²⁸. Ce constat n'a toutefois pas de conséquence sur la classification retenue, en ce sens que les principes de droit interne recoupent « *très largement ceux découlant du traité de l'Union européenne* »¹²⁹.

La typologie retenue des principes est donc celle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dans la mesure où elle prévaut dans le droit positif interne et qu'elle recoupe la typologie admise en droit de l'Union européenne. Le présent sujet de thèse ayant pour objectif de déterminer les fonctions de ces principes, il convient de définir également ce que recouvre ce terme.

3) *La notion de fonction.*

Le terme de fonction vient du latin *functio*, qui signifie « accomplissement ». Dans le langage courant, ce terme décrit un « *rôle caractéristique que joue une chose dans l'ensemble dont elle fait partie* »¹³⁰, ainsi qu'un « *ensemble de propriétés structurelles, rendant possible*

¹²⁶ Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁷ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 182.

¹²⁸ Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁹ F. LLORENS, art. préc.

¹³⁰ *Dictionnaire Le petit Robert* 2014, p. 1068.

une activité, chez l'être vivant »¹³¹. En sociologie, on appelle fonction « *la contribution qu'apporte un élément à l'organisation ou à l'action de l'ensemble dont il fait partie* »¹³². Appliquée au système social, cette interprétation « *conduit à analyser les fonctions essentielles nécessaires à l'existence, au maintien, et à la perpétuation de la société* »¹³³. Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu indique que la fonction est un « *service d'un supérieur et commun* », et désigne « *l'ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service* »¹³⁴. En conséquence, la fonction désigne toujours le « *ce à quoi sert* » une chose¹³⁵.

Dans un sens juridiquement plus précis, ce terme recouvre deux significations différentes, révélées par les travaux de Charles Eisenmann¹³⁶ et de Gérard Timsit¹³⁷. Les deux auteurs procèdent à une distinction entre la notion de « fonction-objet », qui renvoie à l'activité elle-même, et celle de « fonction-fin », qui se rapporte à l'intention poursuivie dans l'exercice de la fonction, et qui « *existe antérieurement à l'accomplissement d'un acte, puisque c'est elle qui détermine cet accomplissement* »¹³⁸. En d'autres termes, ces auteurs distinguent la fonction en tant qu'activité d'un organe ou d'une entité, de la fonction en tant que but, intention, destination du point de vue plus général de l'organisme dans lequel elle s'exerce¹³⁹. Dès lors, le mot fonction recouvre un sens dual, celui de « *produit et but de l'activité* »¹⁴⁰, divisé entre une acception « objective » et une acception « finaliste »¹⁴¹. C'est cette dernière « *qui engendre à la fois la fonction administrative, les fonctions publiques et les fonctionnaires. Les agents deviennent des fonctionnaires parce que leur principale préoccupation doit être l'accomplissement de leur fonction, c'est-à-dire de leur service, et*

¹³¹ *Idem.*

¹³² J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 277.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p. 461.

¹³⁵ D. de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Thèse, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 44.

¹³⁶ C. EISENMANN, *Cours 1949-1950*, LGDJ 1983, Tome II, pp. 15 et s. – C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, Coll. Anthologie du droit, 2014, Tome II.

¹³⁷ G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse, LGDJ 1963.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹³⁹ À cet égard, et pour illustrer ses propos, Charles Eisenmann utilise la métaphore du foie. Cet organe dispose d'une fonction biliaire, en ce sens qu'il produit de la bile : c'est son activité, son action que l'on définit. Il s'agit de la fonction-objet. Lorsqu'on se demande à quoi sert la bile pour l'organisme, on s'interroge sur le but du foie, sa finalité : il s'agit de la fonction-fin (C. EISENMANN, *préc.*, pp. 15-16).

¹⁴⁰ G. TIMSIT, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 14.

que le pouvoir qu'ils détiennent ne doit être qu'un moyen d'aboutir à ce résultat »¹⁴². Bien que distinctes, ces deux notions sont intrinsèquement liées, en ce sens que la notion de fonction, « si elle caractérise avant tout par l'objet de la fonction, c'est-à-dire par la nature des effets de droit qu'elle produit, ces effets ne peuvent eux-mêmes se définir sans faire intervenir la considération du but »¹⁴³. Il est vrai qu'une fonction ne peut valablement exister indépendamment d'un but¹⁴⁴.

Par conséquent, la notion de fonction s'attache soit à l'activité d'un organe et aux objets que produit cette activité, comme par exemple la fonction de production des lois du Parlement, soit aux fins ultimes et aux buts poursuivis, comme les missions économiques, sociales ou politiques poursuivies par ce même organe¹⁴⁵. Thomas Perroud, dans sa thèse relative à *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, retient une troisième conception de la notion de fonction : « la fonction-rôle »¹⁴⁶. Selon l'auteur, « la notion de fonction invite aussi à réfléchir au rôle que cette mission joue par rapport à un tout. Ce dernier sens envisage la fonction comme participant à une mission plus globale ». Ainsi, « la notion de fonction permet de penser une partie en relation avec un tout »¹⁴⁷. L'auteur propose de distinguer la « fin » et le « rôle » de la notion de fonction, en ce sens que « les fins sont toujours sous-tendues par des valeurs »¹⁴⁸, donc par des éléments méta-juridiques plus généraux, alors que ces deux notions étaient pourtant similaires dans la pensée de Charles Eisenmann¹⁴⁹.

Dans le langage courant, la notion de fonction est souvent assimilée à un organe, plus rarement à un principe. L'étude portant sur les fonctions des principes de la commande publique, il convient de préciser ce que recouvre le terme de « fonction des principes ». Il est admis que les principes disposent, de manière générale, de deux fonctions : une « fonction-

¹⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, p. 13.

¹⁴³ R. LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État*, Livre jubilaire du Conseil d'État, Sirey, 1952, p. 246.

¹⁴⁴ B. TARDIVEL, *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, Thèse dactyl., Montpellier, 2002, p. 9.

¹⁴⁵ C. EISENMANN, « Préface », in G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse, 1963, LGDJ – D. de BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁶ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 127, 2013, p. 53 et s.

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Thèse, LGDJ, 1982, p. 266.

¹⁴⁹ T. PERROUD, *op. cit.*, p. 53.

créatrice »¹⁵⁰, dans la mesure où ils peuvent être amenés à remplir une fonction normative¹⁵¹ ; une fonction de structuration ou « *de mise en cohérence interne à une branche du droit ou à un système juridique* »¹⁵², cette cohérence étant « *un élément majeur de la rationalité juridique dans le cadre des ordres juridiques contemporains* »¹⁵³. En conséquence, le principe présente un caractère « *stabilisateur* »¹⁵⁴, dans la mesure où il vise à « *cristalliser un certain nombre de normes éparses et à leur donner une stabilité, une continuité* »¹⁵⁵. C'est justement dans cet objectif qu'ont été érigés les principes de la commande publique. Ils disposent donc, comme tout principe, de ces deux fonctions globales, dont il convient de préciser la substance.

L'étude des fonctions des principes fondamentaux de la commande publique retiendra comme sens de la notion de fonction ceux de fonction-objet et de fonction-fin. Cette distinction, au fondement des travaux de Charles Eisenmann, permet de scinder les fonctions communes des principes en deux catégories : d'une part, les obligations de publicité et de mise en concurrence, qui s'assimilent à la fonction-objet, dans la mesure où l'activité des principes résident dans la production de règles encadrant la conclusion des contrats de la commande publique. D'autre part, les objectifs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché à la concurrence, qui s'analysent comme des fonctions-fin, dans la mesure où ils constituent les buts et les finalités poursuivis par les principes de la commande publique¹⁵⁶. En effet, « *l'objectif évoque un mouvement, un processus. Il s'agit d'un but à atteindre. Par nature, l'objectif semble étranger à la sphère du droit pur et relever plutôt du politique ou de l'économique* »¹⁵⁷. En conséquence, les objectifs assignés par le droit positif aux principes constituent bien leurs fonctions-fin.

La présente étude porte donc sur la détermination des fonctions des principes relatifs au droit de la commande publique, dans les sens retenus et précédemment exposés. Partant, il convient de délimiter le champ d'étude conduisant à cette finalité de la recherche.

¹⁵⁰ E. RUBI-CAVAGNA, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵¹ Sur cette question, v. notamment B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse, Sirey, 1954.

¹⁵² S. CAUDAL, art. préc., p. 14.

¹⁵³ F. MODERNE, art. préc., p. 729.

¹⁵⁴ C. BLUMANN, « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 39.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Cf. *Infra*.

¹⁵⁷ C. BLUMANN, art. préc., p. 39.

B) Délimitation du champ d'étude de la recherche.

Le besoin d'approfondissement théorique des fonctions des principes de la commande publique implique de limiter le champ de recherche à cette discipline, et de procéder à l'exclusion de certains domaines (1). En outre, le droit de la commande publique étant une matière globalisante, il convient de préciser quelles sont les branches du droit positif qui font l'objet d'analyses sommaires ou approfondies (2).

1) Les domaines exclus.

L'analyse menée ne portera pas sur le droit public entendu dans sa globalité, ce qui signifie que les domaines du droit constitutionnel, de la théorie du droit ou de la science administrative seront tenus à l'écart d'une recherche sur les fonctions des principes de la commande publique. Toutefois, s'ils n'entrent pas dans le cadre de l'étude, ces domaines peuvent ponctuellement être mobilisés à l'appui de certains raisonnements. Tel est le cas du droit constitutionnel, lorsque seront abordées les décisions du Conseil constitutionnel relatives au droit commun de la commande publique. Le droit privé des contrats qui n'entrent pas dans la catégorie des contrats de la commande publique sera également exclu du présent travail de thèse¹⁵⁸. Si certains concepts et notions du droit administratif sont empruntés au droit privé¹⁵⁹, l'existence de principes spécifiques encadrant la conclusion des contrats dans un objectif, notamment, de protection des deniers publics, reste caractéristique du droit de la commande publique.

Si le droit de l'Union européenne fera l'objet d'analyses importantes, tel n'est pas le cas du droit international, du droit de la convention européenne des droits de l'Homme¹⁶⁰ ou du droit en vigueur dans d'autres systèmes juridiques étrangers. Bien qu'un « *zeste de droit comparé* »¹⁶¹ soit devenu « *indispensable dans toute recherche doctorale* »¹⁶², la richesse des

¹⁵⁸ C'est bien le droit privé des contrats qui est exclu de la recherche. En revanche, le droit privé de la commande publique, notamment la jurisprudence du juge judiciaire, est intégré au présent travail de thèse.

¹⁵⁹ Sur cette question, v. notamment B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003.

¹⁶⁰ V. sur cette question, N. MARTY, « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit, 2006, p. 344.

¹⁶¹ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, n° 2, p. 275.

droits français et européen constitue une raison suffisante pour circonscrire la recherche à ce cadre juridique.

Parmi les juridictions existant en droit interne, le juge financier¹⁶³ peut être considéré comme un juge du contentieux de la commande publique¹⁶⁴. En effet, il s'affiche comme un gardien du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence¹⁶⁵ par le contrôle des actes budgétaires et la mise en jeu de la responsabilité des ordonnateurs¹⁶⁶. Toutefois, il convient d'exclure du champ de la présente recherche l'analyse de ses décisions. D'une part, parce que sa mission première n'est pas de sanctionner les atteintes au droit de la commande publique, dès lors que son office doit être consacré à la bonne gestion des deniers publics. D'autre part, du fait de l'évidente spécificité de ce contentieux.

2) *Les domaines retenus.*

De manière évidente, une étude sur les principes de la commande publique consacrés en droit interne nécessite une analyse approfondie du droit de la commande publique français, tel que défini précédemment¹⁶⁷. La législation interne, en ce qu'elle doit respecter les principes constitutionnels dégagés par le juge constitutionnel, fera donc l'objet d'un examen minutieux. Une observation détaillée de la jurisprudence du juge administratif, particulièrement celle du Conseil d'État, sera également entreprise, dans la mesure où les principes sont utilisés pour trancher, au contentieux, les litiges relatifs au droit de la commande publique. Ne doit pas être exclu du champ de l'analyse le « *droit privé de la commande publique* »¹⁶⁸, qui englobe les contrats qui ne sont pas des contrats administratifs en raison de l'absence d'un critère organique ou matériel. Par conséquent, la jurisprudence du juge judiciaire sur ce point est

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ Trois acteurs peuvent être identifiés en tant que juge financier : la Cour des comptes, les Chambres régionales des comptes, et la Cour de discipline budgétaire et financière. V., à cet égard, A. KUREK, *Le juge financier, juge administratif*, Thèse dactyl., Lille II, 2010, p. 1.

¹⁶⁴ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, pp. 171 et s.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶⁶ Sur le fondement des textes suivants : Loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une Cour de discipline budgétaire et financière, *JORF* n°0229 du 26 septembre 1948, p. 9461 – Loi n°67-483 du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes, *JORF* du 23 juin 1967, p. 6211 – Décret n°85-199 du 11 février 1985 relatif à la Cour des comptes, *JORF* du 15 février 1985, p. 1959 – Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982, p. 730.

¹⁶⁷ Cf. *Supra*, Introduction, II-A.

¹⁶⁸ Art. 6 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, préc.

prise en compte, mais dans une moindre mesure que celle du juge administratif, dès lors qu'il n'est pas le juge « naturel » du contentieux de la commande publique.

Ainsi que l'affirme Laura Tallet-Preud'Homme, si les recours intentés devant les juges administratif et judiciaire constituent « *les archétypes du contentieux de la commande publique, la veille du respect des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas l'apanage des juges saisis de ces recours. D'autres juges – dont l'action n'est pas uniquement centrée sur le respect du droit de la commande publique – peuvent être amenés à s'assurer dans l'exercice des missions qui leur sont imparties à titre principal, que les règles de publicité et de mise en concurrence ont bien été respectées* »¹⁶⁹. Tel est le cas du juge pénal, qui est amené à sanctionner les atteintes aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats dans le cadre de l'article 432-14 du Code pénal relatif au délit d'octroi d'avantages injustifiés¹⁷⁰. Par conséquent, sans faire l'objet de références systématiques du fait de sa spécificité, la jurisprudence du juge pénal sera parfois intégrée à la démonstration.

À l'instar du droit interne, le droit de l'Union européenne, de par son influence fondamentale sur le droit français de la commande publique¹⁷¹ et son invocabilité, fera l'objet d'une analyse approfondie. Les directives, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, sont les éléments privilégiés de la recherche dans le cadre du présent travail de thèse. La délimitation de la recherche étant déterminée, il convient à présent d'évoquer la problématisation du sujet de la thèse.

¹⁶⁹ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁰ Article 432-14 du code pénal : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

¹⁷¹ Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 1.

III) La problématisation de la recherche.

Percevoir la problématisation de la recherche passe par deux étapes fondamentales de tout travail de thèse : l'exposé de la finalité de la recherche (**A**) et la justification sur la méthode retenue (**B**), qui permet d'attester de l'objectivité et de l'honnêteté intellectuelle de l'analyse entreprise. Ce n'est qu'au terme de ces développements qu'il sera possible de présenter la thèse soutenue et de procéder à l'annonce du plan (**C**).

A) La finalité de la recherche.

L'absence d'une singularisation des principes au sein de l'ensemble qu'ils forment et la nécessité de dégager les fonctions propres à chacun conduisent indéniablement à percevoir la finalité du présent travail de thèse : déterminer les fonctions propres à chaque principe de la commande publique.

Une première interrogation émerge d'abord à la lecture de cet énoncé : cette entreprise est-elle vouée à l'échec, ou est-il effectivement possible de dégager des fonctions propres à chaque principe ? Le champ laissé libre à la question ne doit pas rebuter, et si l'analyse du droit positif et du discours doctrinal ne permet pas de dégager de telles fonctions, elle laisse percevoir leurs existences dissimulées au détour d'une lecture attentive et volontaire. La désignation des principes, leur source et l'esprit qu'on y attache laissent entrevoir que ces derniers ne sont pas « *de la même essence* »¹⁷², et qu'il est possible d'en déduire des règles spécifiques. Il s'agit donc de trouver une clé de lecture nouvelle, une approche originale des fonctions des principes, qui permettra d'en distinguer les fonctions propres au sein de l'ensemble qu'ils forment.

Une deuxième interrogation, liée à la première, tient ensuite à la détermination du contenu de ces fonctions. En d'autres termes, et pour reprendre la distinction de Charles Eisenmann sur la notion de fonction¹⁷³, la question porte sur la définition des fonctions-objet et/ou des fonctions-fin des principes de la commande publique. La finalité du présent travail de thèse

¹⁷² N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *BJCP* n° 70, pp. 189 et s.

¹⁷³ Cf. *Supra*.

porte sur les fonctions-objet des principes, dès lors que ce sont les produits, les actes que la recherche entend déterminer. Car comme tout principe, ils exigent « *une concrétisation* », en ce sens qu'ils doivent être « *transformés, pour ainsi dire, en une règle précise* »¹⁷⁴. Toutefois, les fonctions-finalité ne sont pas exclues de la recherche, dans la mesure où la détermination des règles spécifiques découlant de chaque principe s'opère à travers la caractérisation préalable d'une finalité propre à chacun. Autrement dit, c'est par une approche finaliste des fonctions des principes que peuvent être déterminées leurs fonctions objectives ; c'est en déterminant les objectifs spécifiques à chacun qu'il est possible de révéler leurs fonctions propres.

Enfin, la finalité du présent travail de recherche soulève la question de son utilité. Existe-t-il un réel intérêt à déterminer les fonctions propres à chaque principe de la commande publique, ou ce travail relève-t-il d'une pure fantasmagorie juridique ? La confrontation du résultat de la recherche à la réalité juridique dévoile que la définition des fonctions propres à chaque principe permet de préciser certains points du régime et du contentieux de la commande publique, ainsi que l'articulation fonctionnelle des principes. Or, la sécurité juridique des contrats passe justement par une compréhension et une lisibilité des règles de passation¹⁷⁵.

La démonstration de cette finalité, non encore réalisée, doit cependant provoquer une réflexion particulière empreinte d'une certaine prudence, marquée par les impératifs méthodologiques adéquats.

B) La méthode retenue.

Dans le cadre de ce travail de recherche, deux méthodes peuvent être envisagées. La première consiste à rechercher une définition spéculative des fonctions propres à chaque principe de la commande publique, pour en identifier ensuite les manifestations pratiques en droit positif, selon un schéma déductif. Toutefois, cette méthode n'est pas retenue, dans la mesure où elle fonde la recherche sur des présupposés discutables et nécessairement

¹⁷⁴ R. GUASTINI, « Les principes en droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 117.

¹⁷⁵ P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in *Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Vol. 2, EDCE n° 59, Paris, La Documentation française 2008, p. 342.

hypothétiques, qui peuvent parfois remettre en cause la rigueur scientifique de la démarche entreprise. Une seconde méthode consiste à adopter une démarche empirique, en observant les manifestations pratiques des principes dans le droit positif, pour établir ensuite une définition des fonctions propres à chacun, selon un schéma inductif. Cette méthode se révèle inopérante dans le cadre de la présente recherche, car c'est justement l'observation du droit positif qui dévoile l'inexistence de fonctions propres à chaque principe. En outre, une telle démarche occulte en partie l'effort d'abstraction indispensable à toute démarche scientifique, et le besoin de conceptualisation de tout objet de nature juridique.

C'est donc une démarche issue d'un compromis entre ces deux méthodes qui est retenue dans le cadre du présent travail de thèse. Une étude sur les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique débute nécessairement par l'observation de la réalité juridique, pour rechercher la possibilité d'en dégager des éléments probants pour la finalité de la recherche. Cette première étape de réflexion dévoile que l'analyse du droit positif et du discours doctrinal ne permet pas, actuellement, de dégager de telles fonctions.

Une démarche conceptuelle est donc nécessaire à la suite de cette observation, afin d'appréhender une nouvelle clé de lecture qui permet de définir les fonctions propres à chaque principe. Toutefois, cette conceptualisation ne peut se fonder sur un postulat arbitraire ou artificiel, car cela revient à « *méconnaître l'observation de la réalité, voire parfois à essayer de soumettre celle-ci à l'imperium de la réflexion abstraite. Le choix de l'axiome originaire relève alors tout simplement de l'arbitraire de chacun* »¹⁷⁶. Cette démarche conceptuelle doit donc se fonder sur une méthode empirique, celle de l'observation du droit positif, qui permet de dégager une nouvelle clé de lecture des principes qui respecte l'impératif d'objectivité et de réalité de la réflexion menée.

Cette clé de lecture empirique, appliquée aux principes, aboutit à dégager les fonctions propres à chacun. Arrêter l'analyse à ce stade de la recherche rendrait inéluctablement le présent travail de thèse inachevé, car dégager ces fonctions ne suffit pas à rendre compte de la manière dont elles s'exercent. C'est pourquoi il convient ensuite de rechercher comment ces fonctions s'insèrent dans l'ensemble du droit positif, tant dans le régime de la commande

¹⁷⁶ I. POIROT- MAZERES, *La représentation en droit administratif français*, Thèse dactyl., Toulouse 1, 1989, p. XIV.

publique qu'au contentieux. Ces brèves observations sur la méthode retenue permettent d'exposer la thèse qui sera soutenue ainsi que l'annonce du plan.

C) Thèse soutenue et annonce du plan.

La finalité et la méthode explicative précisées, il convient d'exposer la proposition qui est défendue dans la présente recherche. L'analyse du droit positif et du discours doctrinal dévoile qu'il existe une *conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique*, dans la mesure où le pouvoir normatif et les juges leur assignent la poursuite d'objectifs généraux communs, en leur conférant des instruments juridiques identiques. En revanche, *il n'existe pas de conception singulière à chaque principe*, dont le contenu spécifique n'est pas clairement identifiable.

Cette insuffisance du droit positif peut être comblée par une approche temporelle des fonctions des principes. En effet, une lecture singulière du droit de la commande publique dévoile l'existence d'un élément fondamental, pourtant inaperçu, des processus d'achats publics : *le temps*. Par l'observation attentive du déroulement des procédures de passation, il est possible de dégager plusieurs « temps de la commande publique », dont les délimitations reposent sur la poursuite *d'objectifs spécifiques*, tel que l'accès à la mise en concurrence, l'égalité des candidats à la mise en concurrence ou l'intelligibilité des procédures. La confrontation entre les principes et cette systématisation empirique des temps révèle l'existence d'une *concordance entre chacune de ces finalités temporelles et chacun des principes*, ce qui corrobore l'existence et la pertinence d'une *conception temporelle* des fonctions des principes de la commande publique (**Partie 1**).

C'est à partir de cette finalité temporelle propre à chaque principe qu'il est possible de définir leurs fonctions spécifiques. C'est en analysant le temps de prédilection du principe, ainsi que la fonction-fin qui lui est assignée, que peuvent être dégagées les différentes règles qui lui sont singulières. Cette conception nouvelle des fonctions des principes n'est pas sans conséquence sur le droit de la commande publique, dès lors qu'une part du régime et du contentieux de cette matière peuvent être précisés. Au dévoilement de la conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique, succède ainsi son épanouissement (**Partie 2**).

Partie 1 : Le dévoilement d'une conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique.

Partie 2 : L'épanouissement d'une conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique.

PARTIE 1 :

LE DEVOILEMENT D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE

DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE

PUBLIQUE.

Une étude sur la recherche des fonctions propres d'un principe s'amorce nécessairement par l'observation du droit positif, dès lors que « *le juriste n'est pas libre de choisir les concepts qu'il utilise, ni les axiomes sur lesquels il s'appuie, car il est tenu de respecter le droit positif* »¹⁷⁷. À partir de conséquences observées dans la réalité juridique, il s'agit de rechercher le principe auquel elles se rattachent. Appliquée au droit de la commande publique, cette méthodologie juridique dévoile que les principes structurant cette matière ne disposent pas de fonction propre. Autrement dit, l'analyse du droit positif révèle l'absence tangible d'une singularité des fonctions de chaque principe de la commande publique.

En l'absence d'une conception singulière des fonctions, c'est une conception unitaire qui prévaut. Dans l'utilisation qui en est faite tant par les juges que le pouvoir normatif, les principes de la commande publique sont observés comme formant un ensemble homogène, doté de fonctions communes dont la réalisation se concrétise au moyen d'instruments juridiques équivalents. Bien qu'incontestable, cette conception unitaire est insatisfaisante, car tant pour sa compréhension que pour son utilisation, le droit de la commande publique nécessite une précision des fonctions propres à chaque principe qui en constitue le socle (**Titre 1**).

Ce constat – qui transcrit la réalité juridique – amène inévitablement à s'interroger sur l'existence d'une clé de lecture empirique qui permettrait de singulariser les fonctions des principes au sein de l'ensemble homogène qu'ils forment. Le caractère chronologique de la

¹⁷⁷ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis, p. 142.

formation et de l'exécution des contrats fait émerger une conception nouvelle des fonctions des principes : une conception temporelle. Ainsi que l'affirme Antoine de Saint-Exupéry, « *il est bon que le temps soit une construction* »¹⁷⁸. Cette idée trouve un écho certain en droit de la commande publique, dans la mesure où le temps constitue un instrument structurant les processus d'achat public et les procédures d'externalisation des services. Une concordance entre les « temps de la commande publique » et les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures, dévoile la pertinence d'une conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique (**Titre 2**).

Titre 1 : L'insuffisance d'une conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique.

Titre 2 : La pertinence d'une conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique.

¹⁷⁸ A. de SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle, Œuvres*, éd. Gallimard, 1959, p. 518.

TITRE 1 :

L'INSUFFISANCE D'UNE CONCEPTION UNITAIRE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

Poursuivant conjointement des objectifs généraux d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics¹⁷⁹ et d'ouverture du marché à la concurrence au moyen d'obligations de publicité et de mise en concurrence¹⁸⁰, les principes de la commande publique sont perçus comme un ensemble homogène doté de fonctions communes¹⁸¹. Ils disposent également d'une fonction supplétive identique, dans la mesure où ils sont susceptibles de produire leurs effets alors même qu'aucune disposition spécifique ne le prévoit¹⁸². Dès lors, c'est une conception unitaire des fonctions des principes qui prévaut dans le droit positif et dans le discours doctrinal (**Chapitre 1**). En assurant les mêmes finalités, les principes de la commande publique constituent un corpus unique de règles

¹⁷⁹ Cf. Art. 1^{er} du Code des marchés publics – Art. 1^{er}-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.

¹⁸⁰ S. BRACONNIER, « Le nouveau Code des marchés publics : entre responsabilisation et libéralisation », *JCP E*, n° 18, Avril 2004, p. 647 : « le second alinéa de l'article 1er-I du code ajoute que ces trois principes servent deux objectifs, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, eux-mêmes servis par les trois outils juridiques que sont la définition préalable des besoins (CMP, art. 5), le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » – E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Thèse, LGDJ, éd. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012, p. 384 : « la publicité et la concurrence sont présentes ici mais comme des moyens de réalisation des deux objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers que les trois principes précités visaient déjà à assurer ».

¹⁸¹ Sur la distinction entre les notions d'objectifs et de principes, v. notamment C. BLUMANN, « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 39 : « il vient assez rapidement à l'esprit que l'objectif évoque un mouvement, un processus. Il s'agit d'un but à atteindre. Par nature, l'objectif semble étranger à la sphère du droit pur et relever plutôt du politique ou de l'économique. Le principe, au contraire, présente un caractère stabilisateur. Il vise à cristalliser un certain nombre de normes éparses et à leur donner une stabilité, une continuité. Il se cale donc bien dans la sphère du droit. Dit autrement, l'objectif serait progressiste, et le principe conservateur. L'objectif inviterait à l'action alors que le principe conduirait plutôt à la prudence, à la réflexion ou l'observation ».

¹⁸² CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.*, 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin – Cf. *Infra*, Section 2.

auquel est attribué deux fonctions principales : la protection d'objectifs généraux identiques et l'encadrement de l'achat public « *en l'absence ou au-delà d'un régime spécifique* »¹⁸³.

Observés comme un ensemble homogène, les principes de la commande publique ne disposent pas de fonctions propres. En effet, l'analyse du droit positif comme du discours doctrinal témoigne de l'absence d'une délimitation précise des fonctions respectives de chacun. Par conséquent, il n'existe pas une conception singulière des fonctions des principes (**Chapitre 2**). Pourtant, cette conception est nécessaire pour construire un cadre stable et pérenne au droit de la commande publique. C'est à cette fin qu'il convient d'entreprendre une démarche de singularisation des fonctions de chaque principe de la commande publique.

Chapitre 1 : L'existence constante d'une conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique.

Chapitre 2 : L'absence patente d'une conception singulière des fonctions des principes de la commande publique.

¹⁸³ G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 592.

Chapitre 1 :

L'existence constante d'une conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique.

Il ressort du droit positif comme du discours doctrinal que les principes de la commande publique sont appréhendés de manière unitaire, dans la mesure où ils disposent de fonctions identiques. Cette unité se dégage d'abord à travers la poursuite d'objectifs généraux et communs à l'ensemble formé par les principes (**Section 1**). La réalisation des objectifs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché à la concurrence constitue ainsi la fonction commune aux trois principes. En outre, depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics¹⁸⁴, les principes poursuivent ensemble un objectif de « *renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne* » pour les marchés publics de défense ou de sécurité¹⁸⁵.

Cette unité se manifeste ensuite par l'existence d'une fonction supplétive partagée par les trois principes (**Section 2**). En effet, l'effectivité de leurs fonctions en l'absence ou au-delà d'un régime spécifique prévu par un texte est reconnue à l'ensemble homogène qu'ils forment. Dès lors, tant sur le contenu de leur fonction que sur leur mise en œuvre, les principes font l'objet d'une conception qui révèle l'unité de leurs fonctions.

¹⁸⁴ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc.

¹⁸⁵ *Ibid.*, art. 1^{er}-II : « pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les principes énoncés au I ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne ».

Section 1 : L'existence d'une conception unitaire par la poursuite d'objectifs communs à l'ensemble des principes.

Les implications des principes de la commande publique, à savoir le respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence¹⁸⁶ dans le cadre des procédures de passation, existent depuis longtemps¹⁸⁷. En effet, l'absence de libre choix de l'entrepreneur par l'administration est un concept qui a été admis assez tôt¹⁸⁸. Cet encadrement de l'achat public est justifié à l'origine par la poursuite d'un objectif traditionnel partagé par l'ensemble des principes : la protection de l'intérêt de l'administration.

L'impulsion du droit communautaire de la commande publique et son intégration dans le droit interne ont fait évoluer les objectifs poursuivis par les principes¹⁸⁹. Ces derniers sont désormais empreints d'une logique de protection du marché commun et des entreprises soumissionnaires. Ainsi, au fur et à mesure des évolutions du droit, sont nés des objectifs communs à l'ensemble des principes (**paragraphe 1**).

L'observation du droit positif révèle que ces objectifs ne peuvent pas être rattachés à un principe spécifique de la commande publique. En d'autres termes, il n'est pas possible de définir de manière précise de quel principe découle l'un des objectifs susmentionnés (**paragraphe 2**). Ce constat corrobore l'idée selon laquelle c'est une conception unitaire des fonctions des principes qui prime en droit positif.

¹⁸⁶ M. GUIBAL, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA* 1994, p. 11 : « l'obligation de mise en concurrence se présente comme l'application directe des principes de liberté et d'égalité d'accès aux commandes publiques ».

¹⁸⁷ Pour un historique détaillé du régime des contrats publics, v. X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics, Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 206, 2001.

¹⁸⁸ G. JEZE, *Sciences des finances : dépenses publiques, théorie générale du crédit public*, Marcel GIARD, 6^{ème} éd., tome 2, 1922, p. 177.

¹⁸⁹ Le droit de l'Union européenne fait également évoluer certaines notions établies du droit interne : v. par exemple M. AMILHAT, *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, thèse, Bruylant, 2014.

Paragraphe 1 : L'émergence certaine d'objectifs communs à l'ensemble des principes de la commande publique.

Les objectifs communs aux principes de la commande publique sont nés dans le cadre du droit interne (A) et du droit de l'Union européenne (B). Le respect de ces objectifs s'est concrétisé par la création de procédures de passation spécifiques, permettant de guider l'administration dans le choix de son cocontractant. Au départ centrés sur la protection de l'intérêt de l'action administrative, ces objectifs ont évolué sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, pour converger vers une logique économique d'ouverture du marché à la concurrence.

A : L'émergence d'objectifs communs en droit interne.

Les principes relatifs à l'achat public poursuivaient à l'origine un objectif traditionnel de protection de l'intérêt de l'administration (I). Les procédures d'adjudication¹⁹⁰ ont été mises en place pour préserver l'usage des deniers publics, par méfiance tant à l'égard des agents publics que des acteurs de la sphère privée. L'objectif d'efficacité de la commande publique est ensuite venu s'ajouter à cette finalité traditionnelle de protection de l'administration, élargissant ainsi les fonctions de l'ensemble homogène formé par les trois principes (II). D'une portée plus générale, cet objectif est issu d'une évolution progressive du droit de la commande publique, qui embrasse désormais des préoccupations plus vastes que le seul intérêt de l'administration. Ces deux objectifs constituent une finalité commune à l'ensemble formé par les trois principes de la commande publique.

I : L'objectif traditionnel de protection de l'administration.

Les motifs d'ordre économique et de morale politique, militant en faveur de l'encadrement de l'administration dans le choix de son cocontractant, ont contribué à

¹⁹⁰ G. JÉZE, *Les principes généraux du droit administratif*, M. GIARD, 3^{ème} éd., 1934, p. 102 : « l'adjudication est une procédure qui a pour but de présenter à l'agent public compétent pour conclure le contrat un contractant capable, solvable, sérieux, faisant les meilleures conditions et voulant exécuter le contrat projeté ».

l'émergence de la procédure d'adjudication¹⁹¹. En effet, la justification cardinale et première de la mise en place d'une procédure contraignante était de prévenir l'administration du risque de collusion et de corruption, afin de préserver l'usage des deniers publics¹⁹² et de générer le plus d'économie possible dans les dépenses publiques¹⁹³. Ainsi, le principe en vertu duquel les entreprises de travaux ou de fournitures devaient être adjudgées avec concurrence et publicité a été établi pour sauvegarder les intérêts du public et la dignité des administrations¹⁹⁴. À ce titre, Xavier Bezançon souligne que « *la protection des deniers publics a toujours dicté aux rois de surveiller le fonctionnement de leur administration et des décisions prises par les élus locaux* »¹⁹⁵. Par conséquent, la substitution d'une procédure obligatoire à la liberté de choix du cocontractant répondait à une préoccupation bien précise, « *celle de protéger l'administration en mettant à sa disposition un procédé qui lui assurait le concours de cocontractants solides* »¹⁹⁶, en évitant « *certaines travers de la libre détermination des fonctionnaires* »¹⁹⁷. Cela permettait à l'administration d'une part, de trouver un cocontractant qui lui consentait un prix particulièrement avantageux pour assurer la meilleure valeur d'usage du franc dépensé¹⁹⁸ et, d'autre part, de protéger le public contre les collusions de toutes sortes auxquelles les administrations étaient tentées de se livrer¹⁹⁹.

Dès lors, « *il s'agissait d'imposer à une administration prodigue des obligations garantissant une utilisation parcimonieuse des deniers publics. (...) La valeur des contrats devait être appréhendée juridiquement afin d'obliger l'administration à bien acheter et à annuler les attributions qui ne préservaient pas les finances publiques* »²⁰⁰. Deux idées, intrinsèquement liées, sous-tendaient donc l'objectif traditionnel poursuivi par les principes de la commande publique : la protection des deniers publics et la lutte contre la corruption. En résumé, l'impossibilité de choisir le cocontractant librement était essentiellement fondée sur la

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 66.

¹⁹² Les risques de corruption et de collusion sont toujours des préoccupations qui animent le droit des contrats de la commande publique. Le service central de la prévention de la corruption édite chaque année un rapport public. Un des chapitres du rapport pour l'année 2013 est consacré à la prévention de la corruption dans les collectivités territoriales. Les auteurs du rapport y soulignent que « *la commande publique demeure l'une des activités du secteur public local les plus exposées au risque de corruption et d'atteintes à la probité* » (p. 220). Rapport public disponible sur le site internet de la documentation française.

¹⁹³ M. Dubois-Aimé à la Chambre des députés le 22 novembre 1831, *Archives parlementaires*, p. 753.

¹⁹⁴ M. AUCOC, concl. sur CE, 9 janvier 1868, *Servat, Rec.* p.12.

¹⁹⁵ X. BEZANCON, *op. cit.*, p. 205.

¹⁹⁶ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, éd. A. Pédone, 1945, p. 214.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ J.-P. GOHON, « Le code des marchés publics est-il toujours un code de mise en concurrence ? », *Marchés publ.*, n°234, Juin 1988, p. 11.

¹⁹⁹ G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 214.

²⁰⁰ F. ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA* 2009, p. 1696.

préoccupation de protéger les intérêts financiers de l'administration en luttant contre les corruptions, et en permettant à celle-ci de choisir l'entreprise disposée à accepter les conditions de prix les plus favorables²⁰¹.

En droit des marchés publics, la protection de l'usage des deniers publics s'est concrétisée au départ par la recherche de l'offre la « moins-disante »²⁰². Par le biais de la procédure d'adjudication, l'administration était dans l'obligation de choisir le cocontractant proposant le prix le plus bas²⁰³. Le premier acte dans lequel est apparue l'adjudication est l'ordonnance de Moulins de 1566, rendue sous le règne de Charles IX. Elle dispose que « *le domaine ne pourra être donné à ferme ou à loyer qu'au plus offrant et dernier enchérisseur* »²⁰⁴. Par la suite, la loi fondatrice du 31 janvier 1833, précisée par les ordonnances royales du 4 décembre 1836 et du 31 mai 1838, et le décret impérial du 31 mai 1862 « *systématisent le choix d'une publicité et d'une mise en concurrence à l'occasion de l'approvisionnement en fournitures, de la réalisation de travaux et de prestations de services pour le compte de personnes publiques* »²⁰⁵. Ce mécanisme de protection des dépenses publiques présentant de nombreux inconvénients, le droit positif a substitué au terme de « moins-disant » celui « d'offre économiquement la plus avantageuse »²⁰⁶, tout en laissant subsister la possibilité d'opter pour une procédure préservant la logique du moins-disant²⁰⁷.

²⁰¹ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 592.

²⁰² F. ALLAIRE, art. préc., p. 1696 : « *dès la loi du 31 janvier 1833 pour l'approvisionnement en fournitures, la réalisation de biens et de prestations de services pour le compte de personnes publiques et l'ordonnance royale du 4 décembre 1836 pour les marchés de travaux publics qui imposèrent des obligations de publicité et de mise en concurrence, le droit des marchés publics constitua un régime devant permettre à l'administration d'assurer la satisfaction de ses besoins au prix le plus bas. Cette conception « moins disante » dont la procédure d'adjudication fut l'archétype, survécut un siècle et demi considérant que même porteuse d'importants risques quant à l'exécution de contrats si modiquement conclus, un tel régime constituait un pis-aller meilleur que la licence. Le droit des marchés publics devait limiter les errements manifestement attentatoires aux finances publiques* ».

²⁰³ Art. 84 du Code des marchés publics de 1964 : « *l'attribution provisoire du marché est faite au moins-disant s'il a été reçu au moins une offre répondant aux conditions de l'adjudication* » (nous soulignons).

²⁰⁴ Citation reprise de J.-P. GOHON, art. préc., p. 11.

²⁰⁵ J.-L. ALBERT, « L'institution d'un droit moderne de la commande publique au XIX^{ème} siècle en France », in *Mélanges en hommage à B. Vonglis*, l'Harmattan, 2000, p. 39.

²⁰⁶ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics, JORF n°57 du 8 mars 2001, p. 37003 ; AJDA 2001, p. 360, M. Guibal ; AJDA 2001 p. 367, S. Pignon et D. Bandet ; RDI 2001, p. 211, J.-D. Dreyfus ; JCP G, 2001, n° 24, p. 1153, comm. M. Guibal ; BJCP, 2001, n° 16, n° spécial « Réforme du code des marchés publics ».

²⁰⁷ Art. 53-I-2° du Code des marchés publics : « *pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : (...) 2° : Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix* » – CE, 29 octobre 2013, Office public d'habitat Val-d'Oise Habitat, n° 370789 : « *la méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas* ». V. Mirouse V., « Débat sur le principe du critère unique du prix », CP-ACCP, juillet/août 2005, n° 46, p. 74.

En matière de délégation de service public, l'objectif de moralisation de la vie publique a conduit le législateur à adopter des mesures obligeant les délégants à respecter une procédure de passation pour la conclusion de ce type de contrat²⁰⁸. C'est donc essentiellement la lutte contre la corruption qui a animé la mise en place d'une logique procédurale relative aux délégations de service public²⁰⁹. En outre, et à l'instar de la bonne utilisation des deniers publics, cette logique rejoint l'objectif traditionnel de protection de l'administration poursuivi par les principes de la commande publique, car il existe un lien intrinsèque entre la lutte contre la corruption et la bonne utilisation des deniers publics²¹⁰. Cette lutte s'est également traduite par la pénalisation du comportement des acheteurs publics²¹¹.

La bonne utilisation des deniers publics est toujours perçue dans le droit positif comme un objectif fondamental poursuivi par les principes de la commande publique²¹². L'article premier du Code des marchés publics²¹³, l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005²¹⁴ et l'article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004²¹⁵ disposent en effet que les principes assurent une

²⁰⁸ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

²⁰⁹ L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 329 : « pour les conventions de délégation de service public, le fondement de la protection des deniers publics paraît moins pertinent qu'en matière de marchés publics. On ne se trouve pas dans une logique d'achat public puisque le cocontractant se rémunère essentiellement à partir de redevances perçues sur les usagers. On pourrait toutefois mettre en lumière la partie publique de la rémunération du délégataire lorsqu'elle existe. Dans ce cas, on pourrait apprécier l'usage des deniers publics dans la délégation de service public ».

²¹⁰ Ce sont en effet les deniers publics qui sont susceptibles d'être détournés de leur destination légitime lorsqu'est entrepris un acte de corruption.

²¹¹ Les décideurs publics peuvent notamment être poursuivis pour délit d'octroi d'avantage injustifié : art. 432-14 du Code pénal.

²¹² M. HEINTZ, « La commande publique, outils d'interventionnisme public », *RFDA* 2010, p. 760. – Dans un sens contraire, v. V. NGUYEN QUOC, « L'argent public et le droit des contrats », in *L'unité du droit, mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, p. 293 : « le débat sur l'unité du droit nous invite à exposer comment et pourquoi la présence d'argent public dans les relations conventionnelles de l'administration semble aujourd'hui en vérité de peu d'influence sur le droit de ses contrats, contrairement au sens intuitif commun » - *ibid.*, p. 308 : « mais le mythe a été et demeure souvent alimenté par l'énonciation du souci de protéger l'argent public. L'argument est commode mais réducteur. Il est commode, car politiquement efficace : le citoyen est déférent envers l'argent public, peut-être parce qu'il en méconnaît les ressorts. L'argument est réducteur, car les spécificités du régime des contrats de l'administration sont avant tout explicables aujourd'hui par des motifs non financiers. Mais ils sont peu lisibles du grand public ».

²¹³ Art. 1^{er} du Code des marchés publics : « les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

²¹⁴ Art. 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics : *RLCT*, 2010. 14, comm. N. Symchowicz et Ph. Proot ; *BJCP*, 2006, n° 45, p. 78, comm. M.-Y. Benjamin ; *AJDA* 2005. 1571, comm. J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2005. 444, comm. J.-D. Dreyfus.

²¹⁵ Art. 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats : « la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

« *bonne utilisation des deniers publics* », objectif qui renvoie directement au souci de protéger les intérêts financiers de l'administration. Le Conseil Constitutionnel a qualifié la protection des deniers publics d'exigence constitutionnelle²¹⁶, dont le fondement réside dans l'article 14 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen²¹⁷. Les instances de l'Union européenne se sont récemment saisies de cet objectif d'utilisation optimale des fonds publics²¹⁸, révélant ainsi la permanence de cette finalité.

L'existence pérenne de l'objectif de bonne utilisation des deniers publics est également perceptible dans le discours doctrinal. Selon Daniel Piveteau, « *il y a là l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »²¹⁹. Nicolas Boulouis affirme, dans le but d'expliquer le contenu des principes, que le droit interne de la commande publique vise toujours une utilisation optimale des deniers publics par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse²²⁰. Ainsi, comme le rappelle Yves-René Guillou, « *le formalisme qui contraint les personnes publiques dans leurs actes d'achat a pour vocation à la fois de favoriser la vertu civique de l'achat public et la*

²¹⁶ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis.

²¹⁷ « *tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* ».

²¹⁸ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* p. L94/65, (2) : « *les marchés publics jouent un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020, (...) dans la mesure où ils constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. À cette fin, les règles de passation des marchés publics adoptées en application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, ainsi que de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique* » (nous soulignons) – Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* p. L94/1, (1) : « *l'absence, au niveau de l'Union, de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur. De ce fait, des opérateurs économiques, et notamment de petites et moyennes entreprises (PME), sont privés de leurs droits au sein du marché intérieur et voient leur échapper d'importantes opportunités commerciales, tandis que les pouvoirs publics ne peuvent déterminer les solutions optimales pour utiliser les deniers publics de manière à offrir aux citoyens de l'Union des services de qualité aux meilleurs prix* » (nous soulignons).

²¹⁹ D. PIVETEAU, concl. sur CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, *AJDA* 2002, p. 46.

²²⁰ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, *RJEP*, n°5, p. 17 : « *le droit interne de la commande publique vise une utilisation optimale des deniers publics par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est en cela sans doute que ce droit a accédé au niveau constitutionnel, étant lui-même ordonné par la « nécessité des dépenses publiques » mentionnée par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

*performance économique. Ces procédures sont conçues comme des moyens de gestion efficace de l'argent public »*²²¹. Jean-Marc Peyrical insiste sur le fait que « *le droit ne peut être une fin mais seulement un moyen permettant d'obtenir une utilisation optimale des deniers publics* »²²². La protection des deniers publics et de l'intérêt financier de l'administration reste donc un fondement cardinal du droit des contrats publics.

Les principes de la commande publique poursuivent ainsi un objectif traditionnel de protection de l'administration, incarné par l'utilisation optimale des deniers publics et la lutte contre la corruption. Un autre objectif commun est récemment apparu, celui d'efficacité de la commande publique.

II : L'objectif actuel d'efficacité de la commande publique.

La protection de l'administration a longtemps été perçue comme le principal fondement de la création d'une procédure d'adjudication. L'idée d'une concurrence pour qu'un nombre certain d'entreprises puissent se porter candidates restait attachée à la volonté de les inciter à diminuer leurs coûts et à accroître leur production²²³, dans l'intérêt de l'administration. À ce titre, l'adjudication était qualifiée de mesure d'ordre intérieur, par suite insusceptible de recours²²⁴, puisque servant uniquement les intérêts de la personne publique. Peu à peu, la conception de l'adjudication comme établie dans le seul intérêt de l'administration s'est estompée au profit des entreprises, notamment celles ayant participé à l'adjudication et ayant été évincées²²⁵. C'est alors autour de l'intérêt des candidats qu'a émergé un nouvel objectif d'efficacité de la commande publique.

²²¹ Y.-R. GUILLOU, « Pourquoi et quand recourir à la négociation ? », Dossier « Négociation mode d'emploi », *CP-ACCP*, juin 2005, n° 45, p. 22.

²²² J.-M. PEYRICAL, « Le paradoxe des marchés publics. Le marché public, repoussoir et modèle », *Dr. adm.* 2000, chron. 7.

²²³ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 586.

²²⁴ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 103, p. 123 : « *l'irrecevabilité des cocontractants de l'administration à invoquer la violation de telles règles ne reposait en rien sur l'une des conséquences procédurales du régime de la nullité relative, mais trouvait sa justification dans la notion de mesure d'ordre intérieur que le juge administratif se refusait alors, et pour de longues années encore, à contrôler. Le Conseil d'Etat devait, heureusement, se détacher d'une telle conception des règles sur la passation des marchés* ».

²²⁵ G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 217 : « *la conception de l'adjudication comme une mesure intérieure à l'Administration et établie dans le seul intérêt de celle-ci a commencé à subir un échec au profit du soumissionnaire ayant participé à l'adjudication et ayant été évincé* ».

L'apparition de cette conception s'est d'abord concrétisée par la reconnaissance « *du droit d'intervenir au cas de violation de la règle d'adjudication* »²²⁶ au profit de l'adjudicataire et des entreprises évincées²²⁷. Cette évolution contentieuse fut bien accueillie, car « *c'est en vain qu'on prétendrait qu'un entrepreneur qui se présente à une adjudication n'a aucun droit contre l'administration tant qu'il n'a pas été déclaré adjudicataire et tant que l'adjudication n'a pas été approuvée par l'autorité compétente* »²²⁸. Cette ouverture du recours aux tiers a été établie dans le cadre des marchés passés par adjudication²²⁹, puis dans le cadre des marchés passés de gré à gré²³⁰.

Dès lors, c'est par le biais de la jurisprudence du Conseil d'État aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles que s'est véritablement concrétisée la poursuite de l'objectif d'efficacité de la commande publique. Par l'ouverture des recours aux tiers, par la diversité des motifs d'annulation que le candidat évincé pouvait faire valoir²³¹, le juge administratif a confirmé que les règles de passation des contrats n'étaient pas édictées dans le seul intérêt de l'administration. L'intégration concomitante d'un impératif d'égalité entre les candidats a consolidé cette évolution²³². Il est alors devenu cohérent que le candidat évincé puisse « *demande l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales de l'adjudication (...) du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents* »²³³. L'arsenal de recours et de moyens dont disposent actuellement les candidats évincés confirme cette évolution animée par le souci de protéger cette catégorie particulière de tiers au contrat.

²²⁶ *Ibid.*, p. 218.

²²⁷ Pour les entreprises évincées : CE, 28 janvier 1836, *Seguin et Colin*, *Rec.* p. 263 – CE, 9 janvier 1868, *Servat*, *Rec.* p. 13 – CE, 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p. 323, concl. Le Vavasseur de Précours – CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec.* p. 749 – CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 280, concl. Romieu. Pour l'adjudicataire : CE, 29 mars 1912, *Frot*, *Rec.* p. 467 – CE, 7 février 1936, *Département de la Creuse*, *Rec.* p. 171 ; *D.* 1937-III-25, note Blaevoet – CE, 12 juin 1942, *Sieur Puglieri*, *Rec.* p. 196.

²²⁸ M. AUCOC, concl. préc., p. 13.

²²⁹ CE, 28 janvier 1836, *Seguin et Colin*, *Rec.* p. 263.

²³⁰ CE, 5 février 1909, *Barla*, *Rec.* p. 134 ; *RDP* 1910, p. 61, note G. Jèze.

²³¹ Le commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sur la décision *Ballande*, répertorie deux types de moyens fondant un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de l'adjudication : « *il peut l'être sur le fait que l'on a proclamé adjudicataire un concurrent qui n'était pas le premier (...)* ; *il peut l'être en second lieu sur la violation des règles de l'adjudication : on a bien proclamé adjudicataire le candidat qui était premier, mais les règles de l'adjudication ont été violées à son profit* ». Romieu, concl. sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 281. Georges Péquignot affirme que de tels moyens sont « *divers* » : on y trouve « *la violation des formes de l'adjudication (...), la violation des règles d'égalité entre les soumissionnaires (...), l'illégalité d'une clause du cahier des charges* ». V. également G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 221.

²³² CE, 21 mars 1890, *Caillette*, préc. – CE, 30 mars 1906, *Ballande*, préc. – CE, 23 mai 1919, *Debar*, *Rec.* p. 463.

²³³ Romieu, concl. préc. p. 282.

Cette conception s'est ensuite développée par l'apparition des mécanismes de lutte contre la corruption, perçus comme un moyen de protéger l'administration contre ses propres agents mais également de défendre les intérêts des candidats potentiels à la commande publique. C'est à partir de cet objectif que fut adoptée la loi du 29 janvier 1993²³⁴, dite loi *Sapin*, qui succède à la politique de moralisation amorcée par la loi du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché*²³⁵. En interdisant la conclusion de gré à gré des délégations de service public, le législateur protège les entreprises ayant un intérêt à conclure de tels contrats. Récemment, l'adoption de certaines dispositions, notamment celles modifiant l'article 28 du Code des marchés publics relatif à la procédure adaptée, conduit à se poser la question de l'existence d'une véritable déontologie de l'acheteur public²³⁶, dans la continuité d'une moralisation de la vie publique.

Cette conception, favorable aux candidats et distincte de la protection de l'intérêt de l'administration, a évolué pour servir un objectif plus vaste d'efficacité de la commande publique. Ce terme apparaît pour la première fois dans le droit positif à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001²³⁷, clairement présenté par les textes comme l'un des objectifs poursuivis par les principes fondamentaux de la commande publique²³⁸. À ce titre, il ne peut être perçu comme un principe à part entière, et doit être relégué au rang de simple objectif. L'efficacité de la commande publique n'est d'ailleurs jamais utilisée comme le fondement

²³⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

²³⁵ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF* n°4 du 5 janvier 1991 p. 236.

²³⁶ G. CLAMOUR, « Procédure adaptée : le seuil est porté à 15 000 euros HT », *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 1 : « ou quand la déontologie incantatoire de l'acheteur public vient au secours des principes de libre accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures... ».

²³⁷ Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc. L'article 1^{er} du Code dispose que « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » (nous soulignons).

²³⁸ Art. 1^{er}, II du Code des marchés publics : « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » – Art. L1414-3 du code général des collectivités territoriales : « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » – Art. L1415-4 du code général des collectivités territoriales : « en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, les contrats de concession de travaux publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » – Art. 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics : « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

d'un jugement ou d'une décision par les juges administratifs et judiciaires²³⁹, et l'on « *serait bien en peine de citer un jugement rendu sur le fondement de l'efficacité de la commande publique* »²⁴⁰. Cette absence d'usage contentieux l'exclut nécessairement de la catégorie des principes.

Le rattachement de cet objectif aux principes de liberté, d'égalité et de transparence amène à s'interroger sur son contenu et sa signification. Les textes et la jurisprudence n'en donnent aucune définition, sauf l'ancien Conseil de la concurrence pour qui l'efficacité de la commande publique, « *qui peut être interprétée comme "l'objectif synthétique" du droit des marchés publics, rejoint l'objectif d'efficience économique poursuivi par le droit de la concurrence ou peut être considéré comme un cas particulier de cet objectif plus général* »²⁴¹. Cette discrétion du droit positif révèle la difficulté certaine de définir précisément le terme d'« *efficacité de la commande publique* », qui semble englober des acceptions trop étendues pour en déterminer les contours, ainsi qu'en attestent les quelques tentatives doctrinales de définition. Pour Catherine Prébissy-Schnall, l'efficacité de la commande publique implique l'existence d'une responsabilité de « *bien acheter* », et ce « *quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre* »²⁴². Elle peut être également perçue, aux côtés du bon usage des deniers publics, comme une « *explication des principales contraintes imposées aux personnes publiques que sont la publicité, la mise en concurrence et le choix de l'offre économique la plus avantageuse* »²⁴³, ou comme la recherche du « *moindre prix, meilleure qualité* »²⁴⁴.

Il peut être plus aisé de dire ce que cet objectif n'est pas. Présentée de façon négative, il peut être conçu comme l'ensemble des objectifs poursuivis par les principes de la commande publique n'entrant pas dans celui de bonne utilisation des deniers publics. Le législateur les présentant de manière binaire, toutes les finalités qui n'entrent pas dans le cadre d'un de ces

²³⁹ D. MOREAU, « Les pouvoirs adjudicateurs doivent rejeter les offres anormalement basses », comm. sous CE, 1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du sud*, RJP 2012, comm. 37 : « *dès lors, on peut se demander si la solution retenue par l'arrêt commenté n'aurait pas pu être plus simplement fondée sur les objectifs d'« efficacité de la commande publique » et de « bonne utilisation des deniers publics » fixés par l'article 1er du Code des marchés publics, auxquels la jurisprudence du Conseil d'État n'a certes à ce jour jamais recouru* » (nous soulignons).

²⁴⁰ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Dossier spécial « Le code des marchés publics, vu de l'entreprise », n°5, 2007, p. 23.

²⁴¹ Cons. Conc., Avis n°00-A-25 du 20 novembre 2000 *relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics*, Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n° 2001/1 pp. 5-8.

²⁴² C. PRÉBISSY-SCHNALL, « Concurrence et offre anormalement basse », comm. sous CE, 29 mai 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis*, CCC n° 8, Août 2013, comm. 190.

²⁴³ M. GUIBAL, « À la recherche du nouveau Code des marchés publics », *JCP G* n° 24, Juin 2001, ét. 327.

²⁴⁴ F. LINDITCH, « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA* 2014, p. 403.

objectifs ressortent nécessairement de l'autre. Dans cette logique, la notion d'efficacité permet d'intégrer des éléments qualitatifs absents de la bonne utilisation des deniers publics, qui n'évoque que des aspects financiers. L'apparition de l'efficacité révèle ainsi que la commande publique ne vise pas seulement à faire dépenser le moins d'argent possible à l'administration, mais concourt également à des objectifs d'intérêt plus large que l'administration poursuit à travers elle.

L'analyse du droit positif révèle ainsi que les principes de la commande publique poursuivent conjointement deux objectifs, qui constituent leurs fonctions communes : l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Aux côtés de ces objectifs de droit interne, ont émergé des objectifs d'origine européenne qui ont enrichi les finalités poursuivies par les principes de la commande publique.

B : L'émergence d'un objectif commun en droit de l'Union européenne.

À l'origine, le droit communautaire issu du Traité de Rome du 25 mars 1957 ne faisait pas allusion à la passation et à l'exécution des contrats publics. Cette indifférence du droit primaire incitera d'ailleurs les rédacteurs des premières directives à les construire sur le modèle français²⁴⁵. C'est l'importance économique considérable des contrats des personnes publiques qui explique l'intérêt progressif des instances européennes au droit des contrats publics. Ces dernières ont mis en place un véritable objectif d'ouverture du marché commun à la concurrence (I), qui a eu des conséquences importantes en droit interne de la commande publique (II). L'existence d'un tel objectif est aujourd'hui certaine, car « *la Cour a répété à plusieurs reprises que le principal objectif des règles de l'Union en matière de marchés publics est la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence la plus large possible dans tous les États membres* »²⁴⁶. L'ouverture à la concurrence est fondamentale à la construction économique de l'Union, dans la mesure où elle permet d'éviter les préférences nationales au profit d'une construction commune du marché. Cet objectif est matérialisé à travers le respect des principes fondamentaux du droit de la commande publique, et appartient donc à leurs fonctions communes, à l'instar de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics.

²⁴⁵ M. GUIBAL, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP G* 1993, n°3667.

²⁴⁶ P. MENGOZZI, concl. sur CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, aff. C-574/12, pt 32.

I : La naissance de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence en droit de l'Union européenne.

Trois sources européennes irriguent le droit national des contrats publics : le droit primaire, dont les principes issus des Traités, le droit dérivé, constitué par plusieurs vagues de directives²⁴⁷ dont les directives 2014/23²⁴⁸, 2014/24²⁴⁹ et 2014/25²⁵⁰ du 26 février 2014, et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne « *via les interprétations* »²⁵¹ qu'elle livre du droit primaire.

L'Union européenne est partie d'une situation préexistante de cloisonnement des marchés, en ce qui concerne l'accès à la commande publique, et du présupposé souvent vérifié selon lequel toute réglementation nationale tend à reconnaître une préférence aux entreprises nationales ou locales²⁵². Afin d'éviter une paralysie du marché intérieur, les instances européennes ont fait émergé une finalité commune aux principes de la commande publique, celle d'ouverture du marché européen à la concurrence. Depuis, la réglementation européenne

²⁴⁷ Directives 70/32 de la Commission du 17 décembre 1969, Directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* L185, 16 août 1971, p. 5 – Directive 77/62 du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOCE* L113, 15 janvier 1977, p. 1 – Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* L10, 21 juillet 1989, p. 1 – Directive 90/531/CEE du Conseil 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications, *JOCE* L297, 29 octobre 1990, p. 1 – Directive 92/50/CEE du Conseil, 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE* L209, 24 juillet 1992, p. 1 – Directive 93/36/CEE du Conseil, 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOCE* L199, 9 août 1993, p. 54 – Directive 93/37/CEE du Conseil, 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* L199, 9 août 1993, p. 54 – Directive 93/98/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications – Directive 2004/17/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des service postaux, *JOUE* 2004, p. L. 134/1 – Directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* 2004, p. L 134/114.

²⁴⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* 2014, p. L.94/1.

²⁴⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* 2014, p. L. 94/65.

²⁵⁰ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE* 2014, p. L.94/243.

²⁵¹ Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2013, p. 33.

²⁵² CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Doc. Fr., 2008, pt 10.1.1.3.

« poursuit l'objectif d'ouverture du marché en s'efforçant d'affranchir l'achat public de l'influence du pouvoir politique par l'instauration d'un formalisme procédural opposable aux pressions dans le sens de la préférence nationale ou de toute autre préférence »²⁵³. C'est donc par la mise en place d'un marché unique que s'est concrétisée cette finalité, au moyen du respect des grandes libertés essentielles issues du Traité ainsi que des procédures spécifiques de passation. Ainsi, la réglementation des contrats publics est « au service du parachèvement du marché intérieur »²⁵⁴ pour pallier aux distorsions en matière d'achat public, qui préjudicient aux objectifs du marché unique²⁵⁵.

Le droit de l'Union européenne est de ce fait tourné vers l'entreprise et vers l'offre, avec une suspicion de principe envers les acheteurs publics, là où le droit français traduisait tout au contraire une défiance envers les entreprises et se voulait avant tout protecteur des deniers publics, donc de la demande²⁵⁶. François Lichère retrace remarquablement ce décalage entre les objectifs poursuivis par les deux droits : « les règles françaises de passation des marchés publics se fondent sur le souci de préserver les deniers publics contre, d'une part, les entreprises, dont on craint qu'elles ne jouent pas le jeu de la concurrence face à des acheteurs publics, et contre, d'autre part, les agents publics, dont l'ignorance de l'économie ou plus rarement la concupiscence pourrait pousser à ne pas choisir le cocontractant de l'administration en fonction de l'intérêt public. Le droit français des marchés publics est donc historiquement et structurellement un droit de la demande, tourné vers la protection des acheteurs publics contre les tiers et contre eux-mêmes. Le droit communautaire des marchés publics au contraire a pour vocation de contribuer à la réalisation du marché intérieur et pour ce faire tend à assurer une égalité entre entreprises, en particulier au bénéfice des entreprises provenant d'un autre État que celui sur lequel s'exécutera le contrat. Il vise donc à protéger les entreprises contre les personnes publiques, soupçonnées de vouloir favoriser sciemment ou non les entreprises nationales et se présente ainsi comme un droit de l'offre »²⁵⁷. Il existe ainsi une disparité notoire entre les deux logiques qui animent les droits interne et européen des contrats publics.

²⁵³ L. RICHER, « Le code du silence, à propos du code des marchés publics de 2004 », *RDP* 2004, n° 6, p. 1573.

²⁵⁴ D. RUIZ-JARABO COLOMER, « L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la CJCE », *Rapport public*, EDCE, 2008, p. 380.

²⁵⁵ V. NGUYEN QUOC, art. préc., p. 300.

²⁵⁶ F. LICHÈRE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », *Contrats publ.* n° 69, sept. 2007, p. 39.

²⁵⁷ F. LICHÈRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *LPA* 2007, n° 79, p. 29.

En effet, le droit interne vise une utilisation optimale des deniers publics tandis que le droit de l'Union vise la réalisation des libertés essentielles²⁵⁸, dont la libre circulation des marchandises²⁵⁹, la liberté d'établissement²⁶⁰ et la libre prestation de service²⁶¹, dans l'objectif de préserver le marché unique²⁶². Le droit de l'Union est davantage axé sur l'environnement économique extérieur de l'achat public²⁶³, là où le droit interne est centré sur l'environnement économique local. Cette différence d'objectif amène à des décalages plus ou moins importants et explique l'absence de concordance parfaite entre les deux droits²⁶⁴. Selon Philippe Terneyre, « *il existe, presque par nature, sinon une incompatibilité, du moins des conflits potentiels entre un droit communautaire d'essence libérale et animé par le seul objectif d'assurer la plus parfaite des concurrences et un droit administratif français « baigné » de colbertisme, de puissance publique et d'intérêt général* »²⁶⁵. Cette dissemblance des objectifs poursuivis explique que l'intégration progressive du droit de l'Union a bouleversé la physionomie du droit interne.

Cette différence d'objectifs entre les deux droits explique également que le droit de l'Union européenne est resté, et reste, indifférent vis-à-vis des classifications, des catégories et des notions nationales²⁶⁶. C'est le cas de la dimension organique des contrats publics qui diffère

²⁵⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, préc., p. 17 – J.-F. SESTIER, « La communautarisation du droit des contrats publics », *CP-ACCP* n° 100, juin 2010, n° spécial 10 ans, p. 19.

²⁵⁹ Art. 34 et 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

²⁶⁰ Art. 49 TFUE.

²⁶¹ Art. 56 TFUE.

²⁶² L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2009, p. 7 : « *le fondement du droit des contrats publics se trouve dans les libertés fondamentales consacrées par le Traité CE, libertés qui sont consacrées dans les mêmes termes aujourd'hui que dans le Traité d'origine. Ainsi, l'ouverture des marchés de fournitures n'est qu'un aspect de la liberté de circulation des marchandises, l'ouverture des marchés de services et de fournitures un aspect de la liberté de prestation de services et de la liberté d'établissement* ».

²⁶³ J.-F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie nationale, essentiels experts, 2004, p. 10 : « *parce-que le droit communautaire des marchés publics est davantage axé sur l'environnement économique extérieur de l'achat public, il tend à avoir une approche plus fonctionnelle annonçant un droit où les questions de forme et de procédure, aujourd'hui prédominante, cèdent progressivement à des concepts juridiques substantiels* ».

²⁶⁴ F. LICHERE, « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », art. préc., p. 29.

²⁶⁵ Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 87.

²⁶⁶ Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 34 – Dans le même sens v. CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, pt 13.3.1.6. Le Conseil d'Etat explique à ce sujet qu'il est nécessaire de rechercher une convergence des définitions et des terminologies pour que l'articulation entre droit communautaire et droit national soit complète : « *on mesure ici ce qui sépare encore droit communautaire et droit national : ni les fondements de la liberté contractuelle, ni les définitions des principales catégories de contrats ne sont identiques ; Les typologies contractuelles restent encore assez éloignées, très restreintes du côté communautaire, très étendues du côté français* ».

entre la conception nationale et la conception européenne, bien plus large²⁶⁷. Comme le souligne Jean-François Sestier, « à la différence du droit national, qui puise ses origines dans des concepts nés au XIX^{ème} siècle lors de l'élaboration du droit administratif, le droit communautaire naît à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, période pendant laquelle la reconstruction des économies nationales ne peut écarter l'intervention des Etats. Emerge alors une notion de secteur public (...). Dès lors, et de manière très pragmatique, la vision communautaire des contrats publics n'est pas strictement organique, elle s'attache davantage au contexte de l'action de certains opérateurs. (...) Ainsi, le secteur public constitue-t-il en droit communautaire une nébuleuse ne faisant plus cas de la summa division du droit national opposant les personnes publiques et personnes privées »²⁶⁸. Les logiques économiques et libérales relatives au droit de l'Union européenne débouchent sur une acception large des notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice soumis à la réglementation européenne²⁶⁹.

Il est à noter que le législateur européen s'est récemment saisi de l'objectif de bonne utilisation des deniers publics issu du droit interne. Jusqu'ici, il était admis que la recherche de l'efficacité de la dépense publique était la finalité principale du droit interne, et non celle des réglementations de l'Union²⁷⁰. La directive 2014/24²⁷¹, tout en rappelant l'existence d'un objectif classique d'ouverture du marché à la concurrence, justifie la révision des anciennes directives par la nécessité « d'accroître l'efficacité de la dépense publique », en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises, et en permettant aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs²⁷². Dès lors, le droit de l'Union Européenne poursuit désormais deux objectifs, celui d'une ouverture du marché à la concurrence et celui d'une utilisation efficace de la dépense publique, révélant ainsi l'existence d'une convergence avec le droit interne.

²⁶⁷ Les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice, issues du droit de l'Union Européenne, recouvrent une acception plus large que les personnes publiques soumises à la réglementation du Code des marchés publics. Cette différence dans le champ d'application organique a obligé le pouvoir normatif français à adopter l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

²⁶⁸ J.-F. SESTIER, art. préc., p. 20.

²⁶⁹ Art. 2 de la Directive 2014/24/UE préc.

²⁷⁰ L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 2.

²⁷¹ Directive 2014/24/UE préc.

²⁷² Cons. 2 de la Directive 2014/24/UE préc.

Les objectifs européens et internes, bien qu'étant différents, se superposent dans leurs effets²⁷³, dès lors que ces deux droits conduisent à l'adoption d'une réglementation spécifique des contrats publics par le biais d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Le droit de l'Union européenne ajoute toutefois un objectif général poursuivi par l'ensemble des principes de la commande publique, obligeant le droit interne à intégrer cette finalité d'ouverture du marché à la concurrence.

II : Les conséquences de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence en droit interne.

Le droit de l'Union s'impose dans les ordres juridiques des Etats membres qui ne peuvent y déroger par un acte juridique interne²⁷⁴. Les autorités normatives, comme les juges nationaux²⁷⁵, sont donc dans l'obligation d'intégrer les objectifs issus du droit de l'Union. En droit des contrats publics, cette intégration se concrétise notamment par l'extension du champ d'application du droit de la commande publique, qui n'est plus cantonné aux seuls marchés publics et délégations de service public.

La conception très libérale du droit de l'Union s'est traduite par une volonté certaine d'appliquer les grandes libertés économiques à des catégories de contrats plus larges que les marchés publics au sens du droit interne. Ainsi, la définition retenue par le droit de l'Union embrasse une catégorie de contrats plus étendue que les marchés publics du Code des marchés publics français²⁷⁶, « *le risque d'atteinte à la concurrence et à l'égalité des entreprises pouvant s'illustrer bien au-delà des contrats qui mettent en jeu les deniers publics* »²⁷⁷. L'intégration du droit de l'Union européenne a donc nécessairement eu pour effet d'étendre le champ de la transparence et de la concurrence, extension qui a souvent été considérée comme excessive car débouchant sur une réglementation « *ultra-libérale* »²⁷⁸. La logique relative à l'achat public n'est donc plus cantonnée aux seuls marchés publics, et le droit de l'Union a eu

²⁷³ L. BATTOUE, *op. cit.*, pp. 338 et s.

²⁷⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

²⁷⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629 : les juges nationaux ont l'obligation d'assurer le plein effet des normes de droit communautaire en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure.

²⁷⁶ Pour la définition des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne, v. Art. 2 de la Directive 2014/24/UE préc..

²⁷⁷ F. LICHERE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? », art. préc.

²⁷⁸ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 2. L'auteur emploie la formule suivante pour illustrer cette excessivité : « *la transparence tourne au terrorisme* ».

pour effet d'amplifier le champ d'application des principes dans le domaine de la commande publique.

Le cas de la concession d'aménagement, illustré par la décision *Auroux c/ Commune de Roanne*²⁷⁹ de la Cour de justice de l'Union européenne, est exemple probant de l'extension du droit de la commande publique en droit interne. La Ville de Roanne avait décidé de confier par contrat à une société d'économie mixte locale la mission d'aménager un pôle de loisirs dans un secteur urbain de la ville. Cette convention publique d'aménagement fut conclue sans publicité ni mise en concurrence préalable, conformément au droit national applicable au moment des faits²⁸⁰. Le contrat litigieux prévoyait la construction d'un complexe cinématographique, des locaux commerciaux ayant vocation à être cédés à des tiers, ainsi que des ouvrages destinés à être remis à la ville de Roanne. Le contentieux arriva devant le prétoire de la Cour de justice de l'Union européenne, qui fut alors amenée à se prononcer sur la qualification du contrat litigieux au regard des notions européennes de marchés publics et de concession de travaux. Par un « *expansionnisme* »²⁸¹ de la notion de marché public de travaux, la Cour de justice a considéré que la convention litigieuse devait être qualifiée comme tel au regard des critères de définition contenus dans le droit dérivé²⁸². Dès lors, la passation d'un tel contrat était soumise aux exigences des directives, et devait donc faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable. Prenant acte de cette jurisprudence de la Cour, les pouvoirs publics ont modifié le droit national. Désormais, en fonction du mode de rémunération, la concession est soumise soit à des dispositions similaires à celles de la loi *Sapin*²⁸³, soit à des dispositions similaires à celles du Code des marchés

²⁷⁹ CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *Rec.* p. I-00385 ; *BJCP* 2007, p. 184, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2007. 167 ; *ibid.* 409, étude E. Fatôme et L. Richer ; *ibid.* 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2009. 1868, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre ; *RDI* 2007. 150, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defosse, *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 8, obs. W. Zimmer ; *JCP A* 2007. 2028, note C. Devès ; *Europe* 2007. comm. 91, obs. E. Meisse ; *RLDA* 2007, n° 111, note M. Fornacciarri ; *RLCT*, 2007, n° 23, p. 41, note J. P. Lévy et A. Fage ; *RDP.* 2007. 1329, art. S. Braconnier.

²⁸⁰ Art. L. 300-4 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de l'art. 8 de la Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JORF* n°289 du 14 décembre 2000, p. 19777.

²⁸¹ Expression empruntée à S. BRACONNIER, « L'apport de l'affaire « Auroux » au droit des contrats publics d'affaires », art. sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *RDP.* n° 5, 2007, p. 1331.

²⁸² CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne* préc., pts. 28-47 : la Cour considère que la convention litigieuse est un marché public de travaux au sens des directives car elle est conclue entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur, et a pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Cette solution est indépendante du fait qu'il est prévu ou non que le pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage.

²⁸³ Depuis le décret n°2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés publics conclu par les concessionnaires, *JORF* n°177 du 2 août 2006, p. 11468.

publics²⁸⁴. Ainsi, « *soucieuse de conférer aux directives communautaires “Marchés publics” un effet optimal, la Cour de Justice apporte à ces questions des réponses qui traduisent (...) l’extensivité du droit communautaire des marchés publics sur l’ensemble du droit des contrats publics d’affaire. (...). Compte tenu de la généralité des principes posés par la Cour, l’impact de l’arrêt Jean Auroux dépasse, et de très loin, le champ des seules concessions d’aménagement* »²⁸⁵. Cette extension du droit de l’Union européenne, et par conséquent de l’objectif d’ouverture du marché à la concurrence, permet un élargissement du champ d’application des principes de la commande publique.

L’intégration de l’objectif européen d’ouverture à la concurrence dans la logique du droit interne a eu pour effet de revaloriser les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique. Cette nouvelle logique a permis le glissement d’un droit originellement protecteur de l’administration, à un droit protégeant les entreprises soumissionnaires. Dès lors, « *la logique du droit des marchés publics se trouve affectée : traditionnellement un droit de la demande ; de plus en plus, un droit de l’offre* »²⁸⁶. Ce glissement revalorise les principes protecteurs des candidats à l’achat public, comme le principe d’égalité de traitement ou de liberté d’accès, dont les implications avaient moins de teneur lorsque les esprits étaient tournés vers une logique de protection de l’administration.

Le droit de l’Union européenne a donc eu pour effet d’induire une certaine mutation des objectifs poursuivis par les règles de l’achat public. En droit interne, « *le contrat a été construit comme un acte de la puissance publique dans lequel l’autorité de la personne publique tenait lieu d’élément central. Sous l’influence communautaire, il est devenu un acte du secteur public, ce dernier étant conçu comme la sphère, fort vaste, dans laquelle des échanges marchands sont financés directement ou indirectement sur fonds d’origine publique* »²⁸⁷. Le droit des contrats publics connaît ainsi un renouvellement des sources et des concepts, sous l’influence évidente du droit de l’Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice, à tel point qu’une nouvelle conception de cette matière se construit²⁸⁸. Le droit de la commande publique est de plus en plus tourné vers l’offre, et laisse place à une

²⁸⁴ Depuis la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d’aménagement, *JORF* n°168 du 21 juillet 2005, p. 11833.

²⁸⁵ S. BRACONNIER, note préc., p. 1330.

²⁸⁶ Ch. BRECHON-MOULENE, « Faire face à la complexité du droit des marchés », *Mon. TP*, 25 février 2000, p. 68.

²⁸⁷ J.-F. SESTIER, art. préc., p. 19.

²⁸⁸ J.-F. BRISSON, *op. cit.*, p. 10.

nouvelle problématique centrée autour de l'entreprise soumissionnaire, de l'environnement économique, des rapports concurrentiels entre entreprises²⁸⁹, à tel point qu'il est désormais inexact d'affirmer que ce droit n'a vocation qu'à préserver l'emploi des deniers publics et la qualité des prestations fournies, sans prendre en compte une logique d'ouverture du marché concurrentiel²⁹⁰. Comme le souligne Vinh Nguyen Quoc, « *depuis une vingtaine d'années, l'enjeu s'est déplacé de la sphère financière vers celle du droit de la concurrence et de la recherche de la transparence* »²⁹¹. La recherche du moindre coût demeure un objectif des principes fondamentaux de la commande publique, mais elle n'a plus la même importance. En effet, le droit et la pratique sont de plus en plus dominés par la recherche de la qualité et de l'efficacité, et les contrats publics ne sont plus seulement des moyens d'obtenir des fournitures, des services ou de réaliser des travaux, car ils deviennent également des techniques d'interventionnisme économique et social²⁹².

Les principes de la commande publique poursuivent donc des objectifs identiques d'origine interne et européenne. En cela, il est possible d'affirmer qu'il existe une conception unitaire des fonctions des principes. En effet, les objectifs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics comme d'ouverture du marché à la concurrence ne se rattachent pas spécifiquement à l'un des principes de la commande publique, mais sont communs au tout qu'ils forment.

Paragraphe 2 : L'absence tangible d'un rattachement des objectifs poursuivis à un principe spécifique de la commande publique.

Les principes de la commande publique sont présentés comme poursuivant des objectifs communs. Pour corroborer l'existence d'une unité de leurs fonctions, il convient de rechercher si un ou plusieurs de ces objectifs ne se rattache(nt) pas de manière spécifique à l'un d'eux. L'analyse du droit positif dévoile que les objectifs de droit interne (A) et de droit

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 429.

²⁹¹ V. NGUYEN QUOC, art. préc., p. 309.

²⁹² M. GUIBAL, « L'accès aux marchés publics », in *Les dix ans de droit de l'entreprise*, sous la dir. de J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE, éd. Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 7.

de l'Union européenne (B) sont partagés par les trois principes de la commande publique, et ne peuvent dès lors être assimilés à un principe en particulier. Ce constat révèle ainsi l'existence d'une unité fonctionnelle des principes qui, regroupés au sein d'un ensemble homogène, poursuivent les mêmes objectifs généraux et constituent ainsi une véritable colonne vertébrale du droit de la commande publique.

A : L'impossible rattachement des objectifs de droit interne à un principe spécifique.

L'efficacité de la commande publique (I) comme la bonne utilisation des deniers publics (II) ne peuvent être rattachés spécifiquement à l'un des trois principes de la commande publique. Ni la liberté d'accès à la commande publique, ni l'égalité de traitement des candidats, ni la transparence des procédures ne peuvent prétendre, à eux seuls, poursuivre l'un de ces deux objectifs de droit interne. Ce n'est que lorsqu'ils forment « *un tout* » que les principes remplissent de tels objectifs, confirmant ainsi leur fonctionnalité commune.

I : L'impossible rattachement de l'objectif d'efficacité de la commande publique à l'un des principes de la commande publique.

L'existence d'un objectif d'efficacité de la commande publique est clairement consacrée par les textes de droit positif²⁹³. Il est possible de s'interroger sur la source de cet objectif, en recherchant s'il peut être rattaché à un principe spécifique de la commande publique, ou s'il doit inélectualement être assimilé à l'ensemble homogène qu'ils forment.

Un premier élément de réponse est à rechercher dans les textes, au sein desquels il est possible de relever que l'objectif d'efficacité de la commande publique se confond avec l'ensemble des principes. Aucun d'eux ne semble être le fondement exclusif de cet objectif qui, du fait de l'utilisation de formules très générales, apparaît comme découlant du « *tout* » formé par les trois principes. À cet égard, l'article 1^{er} du Code des marchés publics dispose que les principes « *permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* », sans faire de distinction entre leur fonction. L'article 3 de

²⁹³ Cf. *Supra*, II, A du paragraphe précédent.

l'ordonnance sur les contrats de partenariat²⁹⁴, ainsi que l'article 6 de l'ordonnance relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics²⁹⁵ emploient une formule similaire. L'article 5 du décret sur les concessions de travaux publics inverse la formule mais est sans incidence sur le sens retenu : « *en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, les contrats de concession de travaux publics mentionnés au chapitre 1er respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* »²⁹⁶. L'unité fonctionnelle des principes de la commande publique dans la poursuite de l'objectif d'efficacité de la commande publique est donc attestée par les textes de droit interne.

Les juges administratifs et judiciaires, en restant très succincts sur l'utilisation de l'objectif d'efficacité de la commande publique, ne contestent pas son impossible rattachement à un principe spécifique. D'une part, cet objectif n'est jamais utilisé comme fondement pour sanctionner le comportement de l'acheteur public, ce qui enlève tout doute sur son rang de « *simple objectif* » de la commande publique²⁹⁷, mais rend difficile une délimitation de ses contours. D'autre part, quand il est mentionné par une décision, ce n'est que lorsque le juge cite les textes contenant le terme d'efficacité de la commande publique sur lesquels il se fonde²⁹⁸. Ainsi, « *chacun des trois principes de la commande publique [liberté d'accès, égalité*

²⁹⁴ Art. 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, préc. : « *la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

²⁹⁵ Art. 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 préc., : « *les marchés et les accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

²⁹⁶ Décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JORF* du 28 avril 2010, p. 7686.

²⁹⁷ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », art. préc., p. 23.

²⁹⁸ V. pour le juge administratif : CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec. p.* 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugué ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG* 2003, p. 163, étude J. Gourdou et A. Bourrel – CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec. p.* 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006. p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch – CE, 9 août 2006, *Association des avocats conseils d'entreprise et Société Cabinet Philippe Petit associés*, n° 286316, *Rec. T. p.* 940 ; *BJCP* 2006. 372, concl. N. Boulouis, obs. Ch. M. ; *AJDA* 2006. 1532 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 285, note F. Olivier – CE, 9 novembre 2007, *Fédération des établissements hospitaliers et d'assistance privée à but non lucratif*, n° 290794 ; *AJDA* 2008. 547 – CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, n° 356670, *Rec. T. p.* 689 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 65, note P. Devillers ; *AJDA* 2013. 1174, note Martin ; *Dr. adm.* 2013, comm. 28, note F. Brenet – CE, 5 juillet 2013, *UGAP*, n° 368448, *Rec. T. p.* 691 ; *BJCP* 2013. 418, concl. B. Dacosta ; *Contrats et*

de traitement et transparence] *contribue à l'efficacité de la commande publique. Il peut être démontré pour chacun d'eux que mieux ils sont respectés, plus l'achat est efficace (moindre prix, meilleure qualité)* »²⁹⁹. De manière similaire, le juge constitutionnel ne se prononce pas sur le fondement de l'objectif d'efficacité de la commande publique, qui n'est cité que deux fois dans sa jurisprudence. Dans deux décisions du 6 décembre 2001³⁰⁰ et du 26 juin 2003³⁰¹, le juge évoque simplement cet objectif sans en préciser le fondement. Par conséquent, dans le droit positif, cet objectif n'est jamais assimilé à l'un des trois principes de la commande publique, ce qui confirme son rang d'objectif général.

L'impossibilité de rattacher l'efficacité de la commande publique à un principe particulier est cohérente. Cet objectif est formulé en des termes généraux, qui lui confèrent une acception large qui empêche qu'il soit enfermé dans la fonction d'un principe spécifique. Par conséquent, l'efficacité de la commande publique ne découle ni exclusivement de la liberté d'accès à la commande publique, ni de l'égalité de traitement des candidats, ni de la transparence des procédures. La recherche d'un fondement à l'efficacité de la commande publique révèle ainsi l'existence d'une unité fonctionnelle des principes, qui poursuivent ensemble cet objectif transversal du droit de la commande publique. Le constat est similaire s'agissant du fondement de l'objectif de bonne utilisation des deniers publics.

II : L'impossible rattachement de l'objectif de bonne utilisation des deniers publics à l'un des principes de la commande publique.

Les difficultés dans la recherche d'un fondement spécifique à la bonne utilisation des deniers publics résident dans le fait que cet objectif, à l'assise ancienne, est apparu avant l'émergence des principes fondamentaux de la commande publique. Dès lors, les anciens textes relatifs à l'adjudication n'évoquent pas l'existence éventuelle d'un fondement précis à la protection des deniers publics. La loi fondatrice du 31 janvier 1833, précisée par les

marchés publ. 2013, comm. 248, W. Zimmer. V. pour le juge judiciaire : Cass, Crim., 14 février 2007, n° 06-81924, *Bull. crim.* n° 47, p. 271 – Cass, Soc., 20 novembre 2013, n° 12-22197 – Cass, Crim., 22 janvier 2014, n° 13-80759.

²⁹⁹ F. LINDITCH, « Le contrats et la performance, une rencontre impossible ? », art. préc., p. 404.

³⁰⁰ CC, décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, *Rec.* p. 156 ; D. 2002. 1952, obs. V. Bertile ; *Rev. sociétés* 2002. 76, note Y. Guyon ; *Cah. Cons. const.* 2001, n° 12, 2202. 11 ; *LPA* 13 déc. 2001, p. 5, note J.-E. Schoettl.

³⁰¹ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

ordonnances royales du 4 décembre 1836 et du 31 mai 1838, le décret impérial du 31 mai 1862 qui systématise le choix d'une publicité et d'une mise en concurrence³⁰², et l'article 1^{er} de l'ordonnance royale du 4 décembre 1836 qui consacre formellement le principe de la concurrence et de la publicité³⁰³, ne font découler cet objectif d'aucun principe spécifique. C'est l'adjudication, de manière générale, qui permet l'accomplissement d'une bonne utilisation des deniers publics, en obligeant l'administration à donner sa préférence au candidat dont l'offre est financièrement la plus favorable aux dépenses publiques³⁰⁴. L'analyse des textes contemporains de droit positif révèle également que l'objectif de bonne utilisation des deniers publics se confond avec l'ensemble des principes de la commande publique³⁰⁵. Le constat est identique dans la jurisprudence des juges administratifs³⁰⁶ et judiciaires³⁰⁷.

Ainsi, à l'instar de l'efficacité de la commande publique, l'objectif de bonne utilisation des deniers publics ne peut être rattaché à l'un des trois principes de la commande publique. Cet objectif, qui « *a pour fonction naturelle de garantir la meilleure utilisation possible des sommes que les personnes publiques doivent dépenser pour satisfaire les besoins des services publics dont elles ont la charge* »³⁰⁸, ne peut spécifiquement découler soit de la liberté d'accès, soit de l'égalité de traitement, soit de la transparence des procédures.

L'impossibilité de déceler un fondement spécifique aux objectifs d'efficacité et de bonne utilisation des deniers publics corrobore l'idée que la représentation des principes de la commande publique repose sur une conception unitaire de leur fonction. Cette perception des principes est renforcée par l'analyse du droit de l'Union européenne, qui dévoile une convergence de leur fonction dans la poursuite de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence.

³⁰² J.-L. ALBERT, art. préc., p. 39.

³⁰³ *Ibid.*, p. 48.

³⁰⁴ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 581.

³⁰⁵ Art. 1^{er}, II du code des marchés publics – Art. 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 préc. – Art. 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 préc. – Art. 5 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 préc.

³⁰⁶ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc. – CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, préc. – CE, 9 août 2006, *Association des avocats conseils d'entreprise et Société Cabinet Philippe Petit associés*, préc. – CE, 9 novembre 2007, *Fédération des établissements hospitaliers et d'assistance privée à but non lucratif*, préc. – CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, préc. – CE, 5 juillet 2013, *UGAP*, préc.

³⁰⁷ Cass, Crim., 14 février 2007, préc. – Cass, Soc., 20 novembre 2013, préc. – Cass, Crim., 22 janvier 2014, préc.

³⁰⁸ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 363.

B : L'impossible rattachement de l'objectif du droit de l'Union européenne à un principe spécifique.

Le constat suivant lequel les objectifs de droit interne ne découlent pas d'un principe spécifique de la commande publique est également observable en droit de l'Union européenne. En effet, l'objectif d'ouverture du marché intérieur à la concurrence résulte des principes de la commande publique pris dans leur ensemble, sans être spécifiquement lié à l'un d'entre eux (I). Dès lors, les principes du droit de l'Union constituent un « *tout* » doté d'une unité fonctionnelle et constituent, ainsi, un fondement pérenne et solide du droit des contrats publics (II).

I : L'absence d'un rattachement spécifique de l'objectif d'ouverture du marché à la concurrence.

La création d'un marché intérieur et son ouverture à la concurrence ne découlent pas spécifiquement d'un des principes du droit de l'Union, mais d'un ensemble de libertés et de principes dont le concours permet l'accomplissement de cet objectif. La nouvelle directive 2014/24 relative à la passation des marchés publics énonce les principes applicables aux contrats entrant dans son champ d'application : « *la passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* »³⁰⁹. En outre, l'article 18 de la directive dispose que « *les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée* »³¹⁰. Ce sont les grandes libertés économiques, et les principes spécifiques au droit des contrats publics qui en découlent, qui sont mis en œuvre pour la réalisation du marché intérieur. Les dispositions suivantes confirment le caractère général des objectifs du droit de l'Union, puisque c'est

³⁰⁹ § (1) du préambule de la directive 2014/24/UE préc.

³¹⁰ Art. 18, chapitre 3 de la directive 2014/24/UE préc.

l'ensemble des règles relatives à la passation des marchés publics qui permet une ouverture à la concurrence, « *une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics* »³¹¹. Par la suite, les dispositions de la directive n'assignent aucun principe spécifique aux objectifs de réalisation du marché intérieur et d'ouverture du marché à la concurrence, dévoilant ainsi le caractère commun des fonctions des principes de la commande publique.

Cette généralité du fondement de l'objectif d'ouverture du marché intérieur à la concurrence se retrouve dans les dispositions des deux autres directives relatives aux contrats publics, celles sur les secteurs spéciaux³¹² et sur les concessions³¹³. Selon le législateur de l'Union³¹⁴, la réalisation de l'ouverture à la concurrence nécessite le concours de l'ensemble des grandes libertés et principes du Traité, ainsi que des principes qui en découlent, au moyen d'une coordination des procédures de passation. Les formulations des textes de l'Union relatifs à l'achat public confirment donc l'existence d'un objectif général poursuivi par l'ensemble des principes de la commande publique, attestant par conséquent la conception unitaire de leurs fonctions.

La Cour de justice de l'Union européenne, malgré l'effort de délimitation fonctionnelle de certains principes de la commande publique³¹⁵, n'assigne pas un principe spécifique aux objectifs généraux poursuivis par le droit de l'Union européenne. À l'instar des textes, elle dévoile l'existence d'un ensemble de grandes libertés et principes qui, par leur concours, permettent la réalisation du marché intérieur et son ouverture à la concurrence. Cet ensemble

³¹¹ § (2) du préambule de la directive 2014/24/UE préc.

³¹² 2014/25/UE préc

³¹³ Directive 2014/23/UE préc.

³¹⁴ §(2) du préambule de la directive 2014/25/UE préc. : « *en vue de garantir l'ouverture à la concurrence des marchés passés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, il convient d'élaborer des dispositions pour coordonner les procédures de passation des marchés lorsque ceux-ci dépassent une certaine valeur. Cette coordination est nécessaire pour mettre en œuvre les principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Compte tenu de la nature des secteurs concernés, la coordination des procédures de passation des marchés au niveau de l'Union devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité* » – Directive 2014/23/UE préc.

³¹⁵ C'est le cas par exemple de la décision CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc., qui donne une définition de l'obligation de transparence dans le point 62 : « *cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.* ».

constitue par conséquent une véritable « épine dorsale » de la réglementation européenne sur les contrats publics.

II : L'existence d'une unité des fonctions des principes révélée en droit de l'Union européenne.

L'ensemble formé par les principes du droit de l'Union européenne peut être perçu comme un fondement pérenne et solide du droit de l'achat public, corroborant ainsi l'image d'une conception unitaire de leurs fonctions. Elise Langelier, dans sa thèse consacrée à *L'office du juge administratif et le contrat administratif*³¹⁶, propose une analyse des principes de la commande publique qui confirme cette idée. Après avoir constaté que les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne ont considérablement favorisé l'essor des principes, l'auteur met en exergue l'existence d'une véritable « colonne vertébrale » du droit de la contractualisation publique, constituée par l'ensemble des principes de la commande publique³¹⁷. L'auteur propose ensuite une classification des principes qui étaye l'existence d'une conception unitaire de leur fonction³¹⁸.

Selon cet auteur, « les principes précités peuvent être à la fois socles et tuteurs du système juridique en la matière »³¹⁹. Des principes tuteurs car « ils viennent en appui des autres règles pour en guider l'interprétation afin qu'elles en favorisent l'effet utile »³²⁰. Des principes socles parce qu'ils « s'appliquent alors même qu'une réglementation propre à la situation n'existerait pas »³²¹. Les principes disposent donc d'une première fonction commune, celle de servir à la fois de critères de contrôle des mesures mises en œuvre³²² et de guide d'interprétation des règles existantes³²³. À cet égard, la Cour de justice souligne que les directives doivent être effectivement lues « à la lumière du principe d'égalité de traitement

³¹⁶ E. LANGELIER, *op. cit.*

³¹⁷ *Ibid.* p. 373 : la Cour « a favorisé l'essor de principes, règles et objectifs dont elle s'est servie pour mettre en exergue une véritable « colonne vertébrale » du droit de la contractualisation publique ».

³¹⁸ *Ibid.* p. 390 : L'auteur intitule l'une de ses sous-parties « B. De l'unité des principes et de la dualité des usages » (nous soulignons).

³¹⁹ *Idem.*

³²⁰ *Idem.*

³²¹ *Idem.*

³²² *Ibid.* p. 393 : « Tuteurs, ces principes servent encore de critères de contrôle des mesures mise en œuvre ».

³²³ *Idem* : « envisagés comme principes tuteurs, la non-discrimination, l'égalité, la publicité, la concurrence et la transparence servent de guide d'interprétation. La démarche adoptée par la Cour est clairement finaliste et guide son mode d'interprétation ».

(...) et de transparence des procédures qui en découle »³²⁴. Par conséquent, le droit des contrats publics « ne se résume pas aux directives »³²⁵ puisque ces dernières doivent être interprétées au regard de ces principes généraux et de la jurisprudence de la Cour³²⁶. Les principes du droit de l'Union sont également des principes socles, dans la mesure où ils « s'apparentent à des standards minimaux réglant le comportement des pouvoirs ou entités adjudicateurs dans l'hypothèse où le droit dérivé est inapplicable ou insuffisamment précis »³²⁷. Ils disposent ainsi d'une deuxième fonction supplétive commune, celle de servir de standard minimal lorsqu'aucune disposition particulière ne s'applique.

Cette classification opérée par Elise Langelier confirme l'idée que les principes de la commande publique forment un ensemble poursuivant des fonctions communes en droit de l'Union européenne et en droit interne³²⁸. C'est donc une conception unitaire de leur fonction qui prévaut dans le droit positif et dans le discours doctrinal. Cette conception est confirmée par la consécration récente d'une fonction supplétive commune aux trois principes de la commande publique, qui dévoile l'existence d'une unité dans leur mise en œuvre.

Section 2 : L'existence d'une conception unitaire par la reconnaissance d'une fonction supplétive commune aux principes.

Les principes de la commande publique disposent d'une finalité identique, la poursuite d'objectifs généraux, qui témoigne d'une conception unitaire de leurs fonctions. Au-delà de cette finalité commune, la manière dont leurs fonctions sont mises en œuvre dévoile qu'ils disposent tous d'une caractéristique identique, celle de produire leurs effets en l'absence ou au-delà d'un régime spécifique. Jusqu'à récemment, les principes n'avaient qu'une fonction accessoire, dans la mesure où ils ne pouvaient s'appliquer que lorsqu'un texte le prévoyait. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ils ont

³²⁴ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE*, aff. C-532/06, *Rec.* p. I-251, pt. 36 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 54, note W. Zimmer ; *AJDA* 2008. 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lamber.

³²⁵ J.-D. DREYFUS, « Le droit communautaire des marchés publics ne se résume pas aux directives », *RDI* 2002, p. 221.

³²⁶ A. BREVILLE, « La prise en compte de la jurisprudence de la CJCE », *Contrats publ.* n° 33, mai 2004, p. 66.

³²⁷ E. LANGELIER, *op. cit.*, p. 393.

³²⁸ Cf. *Supra*, I.

acquis un caractère supplétif en s'appliquant à certains contrats de la commande publique, et ce même en l'absence de texte (**paragraphe 1**). La question restait de savoir si ce caractère supplétif était partagé par l'ensemble des principes ou s'il n'était la spécificité que de l'un d'entre eux. La confirmation et la réception de cette fonction (**paragraphe 2**), en attestant du caractère commun à l'ensemble des principes de cette dimension supplétive, ont corroboré l'existence d'une conception unitaire de leurs fonctions.

Paragraphe 1 : Le dévoilement d'une fonction supplétive commune en droit de l'Union européenne.

D'importantes évolutions du droit des contrats publics sont issues du droit de l'Union, notamment de la jurisprudence de la Cour de justice dont l'influence dépasse le strict cadre des marchés publics³²⁹. À ce titre, la Cour, dont les interprétations disposent d'un impact important sur le droit de la commande publique³³⁰, a participé de manière effective à l'émergence d'une dynamique spécifique des principes. Cette dynamique s'est matérialisée par la découverte d'une fonction supplétive commune aux principes de la commande publique (**A**), qui, confirmée ultérieurement (**B**), étaye l'existence d'une conception unitaire de la mise en œuvre des fonctions des principes. Ces derniers sont susceptibles de s'appliquer à la conclusion de certains contrats publics alors même qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application des directives. À cet égard, les principes ont perdu leur caractère accessoire.

A : La découverte du caractère supplétif commun à l'ensemble des principes de la commande publique.

Le point de départ de la découverte d'une dynamique des principes est la décision *Telaustria* de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 décembre 2000³³¹. Avant cette décision, seuls les marchés publics et les concessions de travaux faisaient l'objet d'une réglementation spécifique contenue dans les directives. Les principes disposaient d'une fonction accessoire, dans la mesure où ils ne produisaient leurs effets que dans le cadre de la

³²⁹ R. NOGUELLOU, « Le droit communautaire et les contrats publics », *Dr. Adm.* 2008, ét. 1.

³³⁰ P. YOLKA, *op. cit.*, p. 33.

³³¹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

conclusion de ces contrats. Les instances européennes se sont interrogées sur l'opportunité de reconnaître un caractère supplétif aux principes, en assurant leur effectivité au-delà des directives pour les contrats n'entrant pas dans leur champ d'application du fait de leur montant ou de leur objet (I). La Cour de justice, en étendant explicitement les fonctions des principes à des contrats non soumis aux directives, répond à ces interrogations et dévoile l'existence d'un caractère supplétif commun à l'ensemble des principes (II).

I : Les prémices d'une reconnaissance explicite du caractère supplétif commun aux fonctions des principes.

Dans une communication interprétative du 29 avril 2000³³², la Commission européenne s'interroge sur la portée des principes de la commande publique, notamment sur leur application aux concessions de service qui n'entrent pas dans le champ d'application des directives. Cette interrogation s'avère nécessaire « *étant donné le recours de plus en plus fréquent à cette forme d'association avec les opérateurs, notamment pour les grands travaux d'infrastructures ainsi que pour certains services* »³³³. La Commission indique que l'absence de définition de la concession « *ne signifie pas pour autant que les concessions échappent aux règles et aux principes du traité. En effet, dans la mesure où ces concessions résultent d'actes étatiques ayant pour objet des prestations d'activités économiques ou la fourniture de biens, elles sont soumises aux dispositions pertinentes du traité ainsi qu'aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en la matière* »³³⁴. En outre, elle précise ensuite que « *comme tout acte étatique fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, les concessions sont soumises aux dispositions (...) du traité ou aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour. Il s'agit notamment des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité* »³³⁵. Selon la Commission, l'ensemble formé par les principes de la commande publique doit s'appliquer à la conclusion des concessions.

³³² Communication interprétative 2000/C 121/02 du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE n° C 121.29, p. 2.

³³³ *Ibid.*, pt. 4.

³³⁴ *Ibid.*, pt. 2.

³³⁵ *Ibid.*, pt. 3.

Par cette communication interprétative, la Commission révèle donc l'existence d'une fonction supplétive commune aux principes, en étendant leur champ d'application à des concessions n'entrant pas dans le champ d'application du droit dérivé. Toutefois, cette révélation n'a aucune force obligatoire, les communications de la Commission étant des instruments juridiques non contraignants³³⁶. C'est la Cour de justice qui, en confirmant l'interprétation donnée par la Commission, confère un caractère contraignant à la fonction supplétive des principes de la commande publique.

II : La consécration d'une reconnaissance explicite du caractère supplétif commun aux fonctions des principes.

Avant la décision *Telaustria*³³⁷, les fonctions des principes de la commande publique étaient limitées aux contrats entrant dans le champ d'application des directives. Les faits de cette affaire ont conduit la Cour de justice à s'interroger sur l'extension du champ d'application des principes non soumis aux règles des directives. La question se posait de savoir si la conclusion des concessions de service, exclue du champ d'application des anciennes directives 92/50/CEE du 18 juin 1992³³⁸ et 93/38/CEE du 14 juin 1993³³⁹, était – malgré cette exclusion – soumise à une application minimale des principes d'égalité et de transparence. La Cour répond par l'affirmative, en précisant que « *nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier. (...) Ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit*

³³⁶ Art. 1 du Protocole n°1 du traité de Lisbonne sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, JOUE du 9 mai 2008, C 115/201, p. 3 : « *les documents de consultation de la Commission (livres verts, livres blancs et communications) sont transmis directement par la Commission aux parlements nationaux lors de leur publication* » – M. MELCHIOR, « Les communications de la commission, Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », in *Mélanges F. Dehousse*, éd. Labor, 1979, tome 2, p. 243.

³³⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

³³⁸ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service, JO n° L 209 du 24 juil. 1992, p. 0001-0024.

³³⁹ Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO n° L 328 du 9 août 1993, p. 84-138.

principe est respecté »³⁴⁰. La fonction supplétive des principes de non-discrimination et de transparence est ainsi découverte.

Dans cette décision, la Cour suit les conclusions de son avocat général Nial Fennelly, pour qui « *le respect matériel du principe de non discrimination fondé sur la nationalité exige en effet que l'octroi d'une concession respecte un degré minimal de publicité et de transparence* »³⁴¹, malgré la non-application des directives à la conclusion des concessions. Par cette interprétation dynamique des principes, la Cour de justice procède à une véritable « *invention d'une obligation de transparence* »³⁴², et étend le champ d'application des principes en leur octroyant un caractère supplétif. En effet, la Cour n'examine pas le contenu des directives, elle interprète les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier³⁴³, et cela sans même se référer à un quelconque article du Traité « *tellement ces règles lui paraissent évidentes* »³⁴⁴. Elle met également en exergue l'existence d'un lien fondamental entre la transparence et la non-discrimination, lui permettant de justifier le caractère général et fondamental du principe de transparence des procédures.

Dès lors, l'absence d'un régime spécifique n'a pas pour effet d'affranchir la passation de certains contrats du respect des principes fondamentaux de la commande publique. À cet égard, la jurisprudence *Telaustria* constitue une avancée majeure, dans la mesure où le droit de l'Union impose désormais une obligation de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des concessions de secteur classique ou spécial, sans que cette obligation aille jusqu'au respect des obligations prévues par les directives. Surtout, la Cour élève officiellement les principes fondamentaux du régime de passation des concessions à l'échelon de l'Union européenne³⁴⁵. Ainsi, alors que jusqu'à cette décision, seule la présence d'un texte pouvait contraindre le respect d'une publicité et d'une mise en concurrence, la Cour de justice

³⁴⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc., pts. 60 – 62.

³⁴¹ N. FENNELLY, concl. sur CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, n° C-324/98, *BJCP* n°15, p. 132.

³⁴² E. GLASER, « Obligation de transparence et absence de transparence », *BJCP* n° 43, novembre 2005, p. 14.

³⁴³ L. RICHER, *op. cit.*, p. 67.

³⁴⁴ L. RICHER, « Concession de service public », *AJDA* 2001, p. 106.

³⁴⁵ B. CANTIER, A. TROIZIER, « Droit communautaire des concessions : un pas décisif vers la mise en concurrence européenne », note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, *LPA* n° 85, avril 2001, p. 15 : « *même si la position de la Cour de justice des Communautés européennes est affaiblie par le fait qu'elle ne se prononce pas précisément sur la notion de concession, l'arrêt Telaustria Verlags a l'avantage de poser officiellement les principes fondamentaux du régime de passation des concessions à l'échelon communautaire* ».

opère une « *inversion des principes* »³⁴⁶ en découvrant un principe général de transparence applicable à tous les contrats publics, y compris les contrats qu'aucun texte n'avait jusque là envisagé³⁴⁷. Avant cette décision, les principes se déduisaient des directives, dont ils constituaient l'essence³⁴⁸. La logique est renversée dans la décision *Telaustria*, dans la mesure où les principes ne résultent plus des directives, mais « *en transcendent les dispositions qui ne poursuivent d'autre objectif que d'en faciliter et d'en rendre effective l'application* »³⁴⁹. Les directives sont donc au service de principes qui s'appliquent même en l'absence de texte. Il est à noter que cette fonction supplétive commune des principes pour les concessions est aujourd'hui partiellement dépassée, la nouvelle directive sur les concessions prévoyant explicitement l'application des principes de la commande publique à la passation de ce type de contrat³⁵⁰.

La doctrine a beaucoup insisté sur l'émergence du principe de transparence en droit de l'Union européenne suite à la jurisprudence *Telaustria*. Mais c'est bien l'ensemble des principes de la commande publique qui bénéficie de cette fonction supplétive³⁵¹. S'agissant de la transparence, il existe une différence notable entre la jurisprudence de la Cour et l'interprétation donnée par la Commission. Selon cette dernière, la transparence est érigée en véritable principe issu du Traité. Pour la Cour, la transparence reste une simple obligation dont la concrétisation permet le respect du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. À cet égard, la Cour considère, dans une décision *Unitron Scandinavia*, que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité « *ne saurait être interprété restrictivement. Il implique, notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect* »³⁵². Cette différence d'interprétation

³⁴⁶ F. LICHÈRE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », art. préc. p. 39.

³⁴⁷ *Idem*.

³⁴⁸ CJCE, 25 avril 1996, *Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, dit *Bus Wallons*, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-2043, concl. O. LENZ ; *RDI* 1996, p. 368, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

³⁴⁹ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Le clair obscur du principe de transparence », *Contrats et marchés publ.* 2002, repère 8.

³⁵⁰ Art. 3 – 1 de la directive 2014/23/UE préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée* » – sur cette nouvelle directive, v. notamment S. LA ROSA (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, journée d'étude organisée par l'Université de Valenciennes en mai 2013, éd. Société de législation comparée, coll. Trans Europe experts, 2014.

³⁵¹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc., pts. 60 – 62 : la Cour évoque en effet l'existence de « *règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* », et en déduit « *une obligation de transparence* ».

³⁵² CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenter Serviceselskab et Ministeriet for Fodevarer Landbrug os Fiskeri*, aff. C-275/98, *Rec.* p. I-08291, pt. 31.

démontre déjà les difficultés de définition de la transparence : un simple objectif au service du principe de non discrimination ou un véritable principe.

La Cour de justice de l'Union européenne découvre ainsi, dans la décision *Telaustria*, une fonction supplétive commune aux principes de la commande publique. Cette caractéristique partagée par l'ensemble des principes consolide l'existence d'une conception unitaire de leurs fonctions. Les jurisprudences ultérieures de la Cour vont étendre cette fonction supplétive commune à d'autres contrats de la commande publique non soumis aux directives, confirmant ainsi l'extension du champ d'application des fonctions des principes.

B : L'extension du caractère supplétif commun à l'ensemble des principes de la commande publique.

La Cour de justice de l'Union européenne confirme la portée de la jurisprudence *Telaustria* aussi bien dans le domaine des concessions que dans celui des marchés publics non soumis aux directives (I). L'existence d'une fonction supplétive commune des principes de la commande publique est pleinement consacrée en droit de l'Union lorsque l'ensemble des instances européennes, notamment le législateur européen, va intégrer les apports de la jurisprudence de la Cour de justice (II).

I : La confirmation ultérieure de la jurisprudence *Telaustria*.

Cette extension des fonctions des principes de la commande publique aux concessions est confirmée ultérieurement à la décision *Telaustria*. Dans une décision *Coname* du 21 juillet 2005³⁵³, la Cour condamne, sur le fondement du principe de non-discrimination, l'attribution directe par un pouvoir adjudicateur d'une concession relative à la gestion du service de distribution du gaz à une société. Reprenant les acquis de la jurisprudence, la Cour de justice utilise le caractère supplétif des principes de la commande publique pour sanctionner cette

³⁵³ CJCE 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7287, pts 16 à 19 ; *AJDA* 2005. 1541 ; *ibid.* 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 280, note W. Zimmer.

attribution directe sans publicité ni mise en concurrence. La décision *Parking Brixen*³⁵⁴ confirme ce caractère supplétif³⁵⁵, la Cour y affirmant que les autorités publiques concluant des contrats de concession de service public sont tenues de respecter les règles fondamentales du Traité en général, et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier. La fonction supplétive commune des principes de la commande publique à l'égard de la passation des concessions est donc confirmée ultérieurement à la décision *Telaustria*³⁵⁶.

Cette extension du champ fonctionnel des principes du droit de l'Union ne se cantonne pas aux contrats de type concessif. Certains marchés publics ne sont pas soumis à des règles spécifiques, notamment ceux dont le montant est inférieur aux seuils d'application des directives. Cependant, cela ne signifie pas que « *ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire* »³⁵⁷, et leur conclusion doit être soumise au respect des principes fondamentaux de la commande publique malgré l'inapplicabilité des directives. À ce titre, la légalité des clauses de ce type de marchés « *doit être appréciée au regard des règles fondamentales du traité, dont fait partie la libre circulation des marchandises énoncée à l'article 30 du traité* »³⁵⁸. Désormais, « *le droit communautaire des marchés publics ne se résume pas aux directives* »³⁵⁹, mais doit effectivement prendre en compte l'ensemble des objectifs poursuivis par les principes de la commande publique, même lorsque les directives ne le commandent pas explicitement. Il en est de même pour les marchés de services entrant dans le champ d'application des directives mais soumis à un régime juridique allégé (marchés

³⁵⁴ CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats marchés publ.* 2005, comm. n° 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

³⁵⁵ V. également CJCE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, aff. C-347/06, *Rec.* p. I-5641 – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *Rec.* p. I-2815 ; *AJDA* 2010. 760 ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2010. 385, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 222, note W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 208, obs. D. Simon ; *RTD eur.* 2011. 429, obs. A. Lawrence Durviaux ; *BJCP* 2010, p. 259, obs. Ch. M. – CJUE, 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, *Rec.* I-8219.

³⁵⁶ Le caractère supplétif des principes de la commande publique ne vaut plus pour les concessions, la nouvelle directive de 2014 prévoyant une application directe des principes aux contrats de type concessif : Art. 3 – 1 de la directive 2014/23/UE préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée* ».

³⁵⁷ CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard c/ Spottrup Boligselskab*, aff. C-59/00, *Rec.* p. I-9505, pt. 19 ; *Dr. adm.* mai 2002, n° 83 ; *RD Union européenne*, 2002, p. 157, note R. Klages ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 166, note Ph. Delelis.

³⁵⁸ *Ibid.*, pt. 21.

³⁵⁹ J.-D. DREYFUS, art. préc., p. 221.

dits de « l'annexe B » de la directive 2004/18)³⁶⁰.

La Cour conditionne cependant l'effectivité du caractère supplétif des principes, en précisant dans plusieurs décisions qu'une telle extension de leurs fonctions est opérante si le contrat concerné est susceptible d'intéresser des entités résidant dans un État membre différent de celui à l'intérieur duquel est passé le marché³⁶¹. Ainsi, l'application des principes du traité n'aura vocation à être effective qu'en cas de contrat ayant un intérêt transfrontalier.

Les décisions ultérieures à la jurisprudence *Telaustria*³⁶² confirment donc la généralisation des principes issus du traité en général, et du principe de transparence en particulier, et ce même en l'absence de texte particulier. Les principes sont ainsi considérés comme un « tout » disposant d'une fonction supplétive commune, celle de s'appliquer aux contrats de la commande publique n'entrant pas dans le champ d'application des directives. Cette fonction supplétive commune est confirmée par la suite dans les textes de droit dérivé.

II : La confirmation aboutie de la jurisprudence *Telaustria*.

Le législateur européen reprend explicitement la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le statut des principes relatifs à l'achat public, en généralisant leur fonction supplétive commune. Dans le premier considérant de la directive 2004/18 du 31 mars 2004³⁶³, première directive portant sur les marchés publics après la jurisprudence *Telaustria*, le législateur européen précise que « *la présente directive est fondée sur la jurisprudence de la cour de justice* »³⁶⁴. Cette prise en compte se matérialise dans le deuxième point, aux termes duquel le législateur affirme que les acteurs de l'achat public doivent respecter les principes du traité, « *notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la*

³⁶⁰ CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 3, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 2116 et 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 40, obs. R. Noguellou.

³⁶¹ Pour les marchés à procédure allégée : *Ibid.* – Pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils d'application des directives : CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04, *Rec.* p. I-619 ; *AJDA* 2008. 383. ; *ibid.* 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 209, obs. R. Noguellou ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez.

³⁶² CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

³⁶³ Directive 2004/18/CE préc.

³⁶⁴ *Ibid.*, cons. n° 1.

liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence »³⁶⁵. Il est ensuite précisé que « *toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés* »³⁶⁶. Cette dernière formule confirme la fonction supplétive commune à l'ensemble des principes de la commande publique. En spécifiant par le terme « *toutefois* » que seuls les marchés publics dépassant un certain montant doivent faire l'objet d'une réglementation spécifique et commune aux États membres, le législateur signifie que le respect des principes issus du traité est requis pour l'ensemble des marchés publics, dont ceux qui ne font pas l'objet de cette réglementation spécifique. Les exigences de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'extension des principes de la commande publique sont donc retranscrites dans cette directive, qui rappelle que la règle fondamentale en matière d'achat public est le Traité et les principes qu'il contient, notamment l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.

La nouvelle directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics³⁶⁷ réitère son attachement à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³⁶⁸ et reprend la formule générale qui proclame le respect des principes issus du Traité³⁶⁹, et cela quel que soit le montant des marchés publics³⁷⁰. Les directives ne sont donc qu'une application particulière des principes issus du Traité à certains contrats dont le régime nécessite des règles spécifiques. Par conséquent, les acteurs de l'achat public doivent respecter ces principes, indépendamment du champ d'application des directives. Pour Anne Breville, cette rédaction des directives a « *deux conséquences directes* »³⁷¹. D'une part, « *cet ensemble de règles doit*

³⁶⁵ *Ibid.*, cons. n° 2.

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ Directive 2014/24/UE préc.

³⁶⁸ *Ibid.*, cons. (2) : « *il est également nécessaire d'éclaircir certains concepts et notions fondamentaux afin de garantir la sécurité juridique et de prendre en compte certains aspects de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière* ».

³⁶⁹ *Ibid.*, cons. (1) : « *la passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* ».

³⁷⁰ *Idem.* La directive reprend en effet la même formule que la directive 2004/18 préc. : « *toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence* ».

³⁷¹ A. BREVILLE, art. préc., p. 66.

*être respecté dans toute les procédures de passation des contrats publics, indépendamment du champ d'application des directives et notamment des seuils »*³⁷². D'autre part, « la directive ne constitue qu'une expression particulière de ces règles et principes pour leur application aux marchés d'un certain montant. Dès lors, et en conséquence, la directive doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et de la jurisprudence de la Cour qui y est relative »³⁷³. Ainsi, « les principes de transparence et d'égalité de traitement énoncés par le traité sont applicables en toutes circonstances, sans qu'il faille pour cela que des dispositions de droit dérivé ou de droit national le prévoient »³⁷⁴. Dès lors, les principes consacrés par les Traités s'appliquent à tous les contrats publics dès le premier euro³⁷⁵, et « se dressent tels des barrières infranchissables »³⁷⁶. Les principes de la commande publique disposent donc d'une autonomie commune à l'égard du droit dérivé de l'Union européenne.

Pour Stéphane Braconnier, cette jurisprudence exigeante pour les pouvoirs adjudicateurs « a provoqué un séisme juridique qui a contraint les jurislatoeurs nationaux à dépasser l'approche strictement procédurale de l'achat public au profit d'une démarche plus proactive consistant à établir une connexion entre l'impact économique potentiel de l'achat public et le processus consistant à la conclusion du contrat. Ce processus doit, en définitive, être précisément adapté à l'impact concurrentiel induit par l'objet du contrat. Le concept de « procédure adaptée » en constitue, avec l'édiction des « principes fondamentaux » des marchés publics, la meilleure illustration »³⁷⁷. Ainsi, en droit de l'Union européenne, le constat est celui d'une extension du champ d'application des principes par la reconnaissance d'une fonction supplétive commune à tous. Les instances européennes, par cette extension, ont procédé à la consécration d'une dynamique des principes de la commande publique. En effet, la logique d'une application des principes même sans texte oblige les praticiens du droit à intellectualiser et à définir leurs contours et leur contenu, leur rôle n'étant plus cantonné à l'interprétation de règles formalisées. Cette dynamique des principes de la commande publique va être largement accueillie en droit interne, tant par le juge administratif que par le juge constitutionnel.

³⁷² *Idem.*

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. sur CJCE, 8 novembre 2006, *commission c/ Italie*, aff. C-412/04, pt. 62.

³⁷⁵ J.-D. DREYFUS, « Marchés de moins de 4 000 € : le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics », *AJDA* 2005, p. 30.

³⁷⁶ D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. sur CJCE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, aff. jointes C-147/06 et C-148/06, pt. 20.

³⁷⁷ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Le mon., 4^{ème} éd., 2012, p. 18.

Paragraphe 2 : La réception de la fonction supplétive commune aux principes de la commande publique en droit interne.

Le juge administratif et le juge constitutionnel réceptionnent la dynamique instituée par les juges de l'Union européenne, et confirment ainsi l'existence d'une unité des fonctions des principes de la commande publique. En consacrant l'existence d'une fonction supplétive commune aux principes en l'absence d'un régime spécifique (A), ils consolident la logique relative à la décision *Telaustria*³⁷⁸. Le juge administratif, affinant sa jurisprudence, consacre également l'existence d'une fonction supplétive commune au-delà d'un régime spécifique (B), approfondissant ainsi l'application des principes de la commande publique.

Il reste à connaître la position du troisième juge de droit interne susceptible de statuer sur des contrats d'achat public relevant de sa compétence³⁷⁹ : le juge judiciaire. Ce dernier, sans nier le caractère unitaire des principes, adopte une conception restrictive de leurs fonctions, en considérant qu'en l'absence de texte, les principes n'ont pas vocation à s'appliquer³⁸⁰. Niant le caractère supplétif des principes, le juge judiciaire ne s'inscrit donc pas dans une dynamique fonctionnelle des principes de la commande publique³⁸¹.

A : La consécration d'une fonction supplétive commune aux principes en l'absence d'un régime spécifique.

Le juge administratif et le juge constitutionnel confirment la dynamique impulsée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Le juge administratif, en consacrant explicitement le caractère supplétif commun des fonctions des principes de la commande publique en l'absence d'un régime spécifique (I), et le juge constitutionnel, en reconnaissant le caractère constitutionnel des principes et en les hissant de ce fait au sommet de la hiérarchie des normes (II). Dans les deux cas, la reconnaissance du caractère supplétif

³⁷⁸ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

³⁷⁹ En droit interne, un ensemble de personnes morales de droit privé relèvent en effet de la qualification très large de pouvoir adjudicateur au sens du droit de l'Union européenne. V. en ce sens art. 2 de la directive 2014/24/UE préc.

³⁸⁰ Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*, n° 11-25.282 – Cass. Soc., 20 novembre 2013, *Centre hospitalier universitaire André Benech*, n° 12-22.197.

³⁸¹ V. pour des développements sur la jurisprudence du juge judiciaire, *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

comme constitutionnel concerne l'ensemble homogène formé par les principes, dévoilant ainsi l'existence d'une unité dans leurs fonctions.

I : La réception de la dynamique commune aux principes par le juge administratif.

Deux ans après la jurisprudence *Telaustria*³⁸², le juge administratif prend acte de la conception extensive de la Cour de justice en réceptionnant le caractère supplétif des principes de la commande publique en l'absence d'un régime spécifique (a). Les décisions récentes du Conseil d'État montrent qu'il va plus loin en opérant une réception originale et extensive de cette dynamique (b).

a : Une réception classique de la fonction supplétive commune des principes de la commande publique.

Le Conseil d'État participe à l'émancipation des principes fondamentaux de la commande publique par la reconnaissance de leur fonction supplétive commune en l'absence d'un régime spécifique. La première décision qui transpose la logique *Telaustria* est un avis du 16 mai 2002 sur les contrats des sociétés concessionnaires d'autoroute³⁸³. Une des questions posées au Conseil d'État porte sur le régime de passation des contrats conclus par ces sociétés avec d'autres prestataires privés. Après avoir écarté l'application de la Loi *Sapin* du fait de l'absence d'un critère organique³⁸⁴, le Conseil d'État affirme qu'il convient d'imposer à ces sociétés, qui sont des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives, un degré de publicité adéquat propre à assurer le respect du principe de non-discrimination³⁸⁵, et ce alors même que les concessions de service n'entrent pas dans le champ d'application des

³⁸² CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

³⁸³ CE, Ass. Gén., 16 mai 2002, avis n° 366.305, *Rapport public du Conseil d'Etat 2003*, La doc. Fr., p. 201 ; *BJDCP* n° 28, mai 2003, p. 235 note Ch. Maugué et E. Glaser.

³⁸⁴ *Ibid.*, pt. 1 : « il résulte des dispositions du premier alinéa ci-dessus rappelé de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée que, dès lors que les sociétés concessionnaires sont des personnes morales de droit privé et ne sont pas mandataires de l'Etat, les contrats qu'elles concluent en vue d'exploiter les installations commerciales sur les aires de service ne sauraient être soumis, pour leur passation, aux obligations de publicité et de mise en concurrence définies par cette loi ».

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 204 : « ces sociétés doivent en conséquence être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs. Elles ne peuvent donc sélectionner les entreprises prestataires de service public sur les aires d'autoroutes, qu'après avoir mis en œuvre un « degré de publicité adéquat » permettant un appel à la concurrence et tenant compte des caractéristiques particulières de chaque contrat ».

directives. Par cet avis, le Conseil d'État réceptionne l'existence d'une fonction supplétive des principes de la commande publique.

La jurisprudence corroborant la réception du caractère supplétif des principes est sans conteste l'avis du Conseil d'État du 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*³⁸⁶. Les juges du Palais Royal sont saisis par la Cour administrative d'appel de Lyon d'une question de droit nouvelle, relative à la portée de l'expression « *marchés passés en application du code des marchés publics* »³⁸⁷ employée par l'article 2 de la loi n° 2001-116 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi MURCEF)³⁸⁸. Cet avis se présente comme l'occasion pour le Conseil d'État de se prononcer sur le régime applicable aux marchés passés sans formalités préalables. La question se pose de savoir si de tels marchés, non soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence, restent tout de même passés en application du Code et doivent de ce fait respecter les principes de la commande publique. Répondant par l'affirmative en suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Denis Piveteau³⁸⁹, les juges du Palais Royal déduisent que le respect des principes généraux énoncés par l'article 1^{er} de ce code s'impose aux acheteurs publics, quel que soit le montant du marché. En effet, « *les marchés qui sont conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001 (...) sont (...) passés en application du code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1er du code, selon lesquels « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »* »³⁹⁰. L'expression « sans formalités préalables » ne signifie donc pas qu'il existe une possibilité de contracter de tels marchés de gré à gré, sans respecter aucune règle, puisqu'ils restent soumis aux obligations générales de l'article 1^{er} du Code des marchés publics.

³⁸⁶ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

³⁸⁷ Art. 2 de la Loi n° 1001-1168 du 11 décembre 2001 : « *Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ».

³⁸⁸ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, *JORF* n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703.

³⁸⁹ D. PIVETEAU, concl. sur CE, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921, *BJCP* n°25, p. 430 : « *l'absence de formalités ne signifie pas, pour autant, que ces marchés échappent à toutes les autres dispositions du Code (...). S'il ne dépasse pas 90 000 euros, il pourra être passé sans formalités préalables. Mais il sera tout de même passé 'en application du Code des marchés' au sens de la loi MURCEF, puisqu'il entre dans le champ du Code des marchés publics* ».

³⁹⁰ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

Cette décision s'inscrit dans la logique de *Telaustria*, dans la mesure où les principes de la commande publique doivent être respectés même en l'absence de dispositions spécifiques. Ils ont donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des marchés publics, sans distinction³⁹¹. Le Conseil d'État précise également le statut des principes de la commande publique, qui ont valeur de principes généraux du droit. Cet avis s'inscrit dans le droit-fil de la jurisprudence de l'Union en se rapprochant des positions de la Cour et de la Commission européenne³⁹². Ainsi, cette décision « *apporte un début de réponse à une interrogation soulevée par une partie de la doctrine quant à la portée des principes ci-dessus formulés : les marchés sans formalités préalables sont-ils assujettis à une véritable obligation de mise en concurrence ou faut-il voir dans ces dispositions une simple invitation à l'intention des personnes publiques lorsqu'elles concluent de tels contrats ? Affirmant que les marchés sans formalités préalables demeurent soumis à ces principes généraux, le Conseil d'Etat semble opter pour la première branche de l'alternative* »³⁹³. Le Conseil d'État met ainsi fin à une interrogation soulevée par une partie de la doctrine quant à la portée des principes de la commande publique.

Cette jurisprudence, cantonnée au départ aux marchés sans formalités préalables, est étendue à d'autres types de marchés publics à l'occasion de l'adoption du Code des marchés publics de 2004. Le décret instituant ce Code³⁹⁴ est attaqué par l'association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP), notamment son article 30 qui soustrait certains marchés de service aux obligations de publicité et de mise en concurrence³⁹⁵. Le Conseil d'État, reprenant la logique de l'avis *Société MAJ Blanchisserie de pantin*³⁹⁶ en rappelant que les marchés passés en application du Code sont, quel que soit leur montant, soumis aux principes de la commande publique, en déduit que le pouvoir réglementaire ne peut dispenser de façon générale la passation de tous les contrats visés par l'article 30 sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures³⁹⁷. Cette logique est reprise peu de temps après par la Cour de

³⁹¹ F. LLORENS, « Loi MURCEF, marchés publics et contrats administratifs : l'interprétation simple d'une simplification », *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 207.

³⁹² J.-M. QUENNEHEN, « La passation des marchés sans formalités préalables », *AJDA* 2002, p. 1478.

³⁹³ J. GOURDOU, A. BOURREL, Les « marchés publics administratifs » : état des lieux et perspectives », *CJEG* n° 596, mars 2003, p. 166.

³⁹⁴ Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, *JORF* n°6 du 8 janvier 2004, p. 703.

³⁹⁵ Il s'agit des marchés de services dits non prioritaires.

³⁹⁶ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

³⁹⁷ CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc. : « considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code, selon lequel : Quel que soit leur

justice pour les mêmes types de marchés³⁹⁸. Il peut être déduit de cette décision « *une progression, en droit interne et à l'instar du droit communautaire, des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* »³⁹⁹. En effet, cette décision valorise les principes de la commande publique, qui tendent à s'appliquer alors même que les textes ne prévoient pas d'obligations spécifiques de publicité ou de mise en concurrence. Le Conseil d'État opte pour leur application générale et sans dérogation à l'ensemble des marchés publics passés en application du Code des marchés publics⁴⁰⁰.

Il existe toutefois une ambiguïté dans le raisonnement des juges du Palais Royal. À cet égard, Florian Linditch s'interroge sur le fondement de l'annulation de l'article 30-I du code des marchés publics : « *l'article 30 du décret du 7 janvier 2004 portant nouveau Code des marchés publics est annulé... sur le fondement de l'article 1er du même décret* »⁴⁰¹. L'auteur en déduit qu'il existe une normativité variable au sein d'un même texte, du fait que « *l'article 1er dispose d'une valeur normative supérieure aux autres articles du code. Ou au minimum que différents articles d'un même décret peuvent ne pas avoir la même valeur* »⁴⁰². Pour l'auteur, « *l'explication de cette normativité variable, au sein d'un même texte, doit sans doute être recherchée du côté des textes et principes incarnés par l'article 1er. À notre sens, il est possible de défendre la thèse suivant laquelle, derrière la sanction de l'article 1er, la présente décision entend surtout faire respecter d'autres normes, plus élevées dans notre édifice juridique* »⁴⁰³. Les principes de la commande publique, dont la valeur normative dépasse celle du Code des marchés publics, ont donc vocation à s'appliquer même lorsqu'aucune règle spécifique n'est prévue pour la passation ou le régime d'un marché public.

montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. (...) Considérant que, si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code, peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1er du code ; que, dès lors, le premier alinéa de l'article 30 ne pouvait, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dispenser de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence ».

³⁹⁸ CJCE, 27 octobre 2005, *Contse SA, Vivisol SrL, Oxigen Salud SA*, aff. C-24/03 ; *Dr. adm.* 2006, comm. 26, A. Ménéménis.

³⁹⁹ J.-D. DREYFUS, note sous CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n°264712, *AJDA* 2005, p. 668.

⁴⁰⁰ S. DEYGAS, comm. sous CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n° 264712, *Revue Procédures* n°4, Avril 2005, comm. 114.

⁴⁰¹ F. LINDITCH, comm. sous CE, 23 février 2005, *ATMMP*, *JCP E* n° 17, 28 Avril 2005, p. 657.

⁴⁰² *Idem.*

⁴⁰³ *Idem.*

Le Conseil d'État confirme ainsi le caractère supplétif des fonctions des principes de la commande publique en l'absence d'un régime spécifique. La jurisprudence initiée par les juges du Palais Royal atteste d'une véritable évolution sur les fonctions communes des principes, qui s'appliquent même en l'absence de dispositions spécifiques. Dès lors, *« l'époque est révolue où, dans le droit de la commande publique, la frontière entre obligation et liberté tenait exclusivement à l'existence ou non d'un texte »*⁴⁰⁴. En effet, en l'absence de texte, rien ne justifiait d'imposer des obligations spécifiques aux acheteurs publics sur le fondement de principes propres au droit de la commande publique⁴⁰⁵. Si M. Dandelot, dans ses conclusions sur l'arrêt *Chambre syndicale des agents d'assurances des hautes Pyrénées*⁴⁰⁶, souligne que *« si la mise en concurrence est requise, il faut qu'elle soit codifiée par un texte »*⁴⁰⁷, une telle logique n'est plus depuis que la décision *Telaustria*⁴⁰⁸ est réceptionnée par le Conseil d'État. Ce basculement est salutaire, car *« contrairement à ce qu'on a voulu croire pendant longtemps, le respect nominal des textes organisant la mise en concurrence n'a jamais garanti l'impartialité de la décision d'attribuer le marché. La procédure recèle en effet un piège bien connu des juristes : elle ne contient jamais en elle-même sa raison d'être et doit toujours être interprétée comme l'instrument d'une fin qui la dépasse. Or la tentation est fréquente pour de nombreux praticiens de pratiquer ce que nous qualifions de "fétichisme procédural", qui consiste à s'estimer en règle au motif qu'ils ont satisfait les exigences procédures du code »*⁴⁰⁹. Cette réception de la dynamique des principes par le Conseil d'État confirme d'autant plus leur unité fonctionnelle, les juges du Palais Royal ne distinguant pas, pour le caractère supplétif et à l'instar de la Cour de justice, entre les principes.

En plus d'une réception classique, le Conseil d'Etat a opéré une réception originale de la dynamique des principes de la commande publique.

⁴⁰⁴ Ph. REES, comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83.

⁴⁰⁵ CE, 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, n°34671, *Rec.* p. 326 : *« qu'aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence lors de la passation de leurs contrats d'assurance »*.

⁴⁰⁶ M. DANDELOT, concl. sur CE, 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, n°34671, *RFDA* 1985, p. 20.

⁴⁰⁷ *Idem.*

⁴⁰⁸ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

⁴⁰⁹ F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 3^{ème} édition, p. 25.

b : Une réception originale de la fonction supplétive : l'extraterritorialité commune des principes de la commande publique.

Récemment, dans une décision *Société Pro 2C* du 29 juin 2012⁴¹⁰, le Conseil d'État étend de manière originale le champ d'application des principes de la commande publique, démontrant ainsi que leur caractère supplétif est toujours d'actualité. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat administratif conclu à l'étranger par le consulat général de France à Tunis. Aucun texte, ni de droit interne, ni de droit de l'Union européenne, ne s'appliquait en l'espèce⁴¹¹. De manière sibylline, le Conseil d'État affirme qu'un tel contrat, s'il n'est pas soumis au Code des marchés publics dès lors qu'il a été conclu à l'étranger, « *est cependant soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des procédures et à la règle de transparence des procédures qui en découle* »⁴¹². C'est la première fois qu'est reconnue l'extraterritorialité des principes fondamentaux de la commande publique.

C'est en lisant les conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis⁴¹³ qu'il est permis de comprendre le fondement d'une telle décision. Les principes de la commande publique « *sont dérivés d'exigences dont l'une au moins – l'utilisation optimale des deniers publics par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse – n'est pas par nature de celles qui auraient vocation à ne s'appliquer que sur le territoire français ou à n'être mise en œuvre par tous les services publics français où qu'ils se trouvent* »⁴¹⁴. Dès lors, « *nous sommes donc plutôt enclin à vous proposer de juger que les juges des référés en matière contractuelle sont compétents pour faire respecter les principes de la commande publique en matière de publicité et de mise en concurrence et les obligations qui en découlent pour les contrats passés en dehors du territoire des États membres de l'Union européenne* »⁴¹⁵. Les principes de la commande publique transcendent donc la nature extraterritoriale du contrat, rendant caduque l'immunité extraterritoriale dégagée dans les jurisprudences antérieures pour ce type de contrat. Il y a là « *une singulière extension du champ d'application territoriale des*

⁴¹⁰ CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *Rec.* p. 258 ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012. 1314 ; *ibid.* 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI* 2012. 560, obs. S. Braconnier ; *JCP A.* 2012, act. 469 ; *JCP A.* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *ibid.* 2012, Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, F. Brenet.

⁴¹¹ Et cela en raison d'absence d'extraterritorialité des dispositions de droit interne et de droit communautaire, la Tunisie n'étant pas un Etat membre de l'Union Européenne. Or, le contrat avait vocation à être exécuté hors du territoire français.

⁴¹² CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, préc.

⁴¹³ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *BJCP* n°84, p. 338.

⁴¹⁴ *Idem.*

⁴¹⁵ *Idem.*

*principes qui, décidément, n'en finissent pas de surprendre... »*⁴¹⁶. Le Conseil d'État, revenant sur sa jurisprudence antérieure⁴¹⁷, étend ainsi le caractère supplétif des fonctions des principes de la commande publique.

Le Conseil d'État réceptionne donc de manière très classique les logiques de la jurisprudence de la Cour de justice en reconnaissant une fonction supplétive commune à l'ensemble des principes de la commande publique en l'absence d'un régime spécifique. Ces derniers s'appliquent même en l'absence de texte, car ils ne sont pas « *simplement des principes dont la portée est conditionnée par l'existence d'un texte, ils ont une portée autonome de nature à assurer leur effectivité, comme tout principe général du droit* »⁴¹⁸. En admettant cette caractéristique au « tout » que forment les principes, les juges du Palais Royal, à l'instar des instances de l'Union européenne, corroborent l'existence d'une unité fonctionnelle des principes. Le juge constitutionnel va également reconnaître cette dynamique commune aux principes de la commande publique.

II : La réception de la dynamique commune aux principes par le juge constitutionnel.

La théorie et le régime du contrat administratif ont été élaborés en dehors de toute référence à la norme constitutionnelle, car *a priori*, rien ne lie les termes « *Constitution* » et « *contrat administratif* »⁴¹⁹. Les principes fondamentaux de la commande publique n'ont jamais été expressément mentionnés dans une norme constitutionnelle, les constitutions et les parlements successifs ayant jusqu'à récemment laissé à l'exécutif et au juge le soin de clarifier les conditions de passation des contrats de la commande publique. Ainsi « *rechercher une trace d'intérêt pour la dépense publique et les modalités de passation des marchés (...) dans les Constitutions relève d'un jeu de patience tant ces questions ont été peu*

⁴¹⁶ S. BRACCONNIER, obs. sous CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *RDI* 2012, p. 560.

⁴¹⁷ CE, 4 juillet 2008, *Sté Colas Djibouti*, n° 316028 : « *considérant que le contrat litigieux, qui devait être signé et exécuté en dehors du territoire français, n'était soumis au code des marchés publics, ni par application de ce code, ni par la volonté de la personne publique ; qu'il ne constituait pas non plus un marché public au sens du droit communautaire ; qu'il ne pouvait, dès lors, être regardé comme un marché public au sens des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'il n'entrait pas davantage dans l'une des catégories de contrats énumérées à l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que le juge des référés pré-contractuel n'étant pas compétent pour connaître des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis à l'occasion de la conclusion d'un contrat qui n'appartient à aucune des catégories énumérées par cet article L. 551-1 du code de justice administrative, la présente demande doit être rejetée* ».

⁴¹⁸ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.

⁴¹⁹ P. DELVOLLE, « Constitution et Contrats Publics », in *Mélanges Franck MODERNE, Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 469.

perçues lors des travaux constitutionnels ou considérées avec un intérêt insuffisant pour figurer dans un texte constitutionnel »⁴²⁰. Le droit des marchés publics, terrain privilégié et premier des principes de la commande publique⁴²¹, était considéré comme « *un simple moyen permettant aux personnes publiques d'exercer leur compétence et de remplir leur mission. Il n'était pas érigé au rang de corpus homogène, source de droits et d'obligations, aux influences multiples sur les relations sociales les flux économiques et les décisions politique* »⁴²². Ces raisons expliquent pourquoi les principes étaient préalablement ignorés du juge constitutionnel. Cependant, très récemment dans l'histoire des contrats publics, le Conseil constitutionnel a fait expressément référence aux principes fondamentaux de la commande publique, leur reconnaissant une valeur constitutionnelle.

Dans une décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*⁴²³, le Conseil Constitutionnel a été amené à se prononcer pour la première fois sur les trois principes fondamentaux de la commande publique, et leur a reconnu une valeur constitutionnelle⁴²⁴, sur le fondement des articles 6⁴²⁵ (principe d'égalité) et 14⁴²⁶ (principe du consentement à l'impôt) de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Pour identifier les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, le Conseil constitutionnel renvoie à l'article premier du Code des marchés publics, par lequel ils sont « rappelés ». Comme le souligne Pierre Delvolvé, « *la formule est habile car, évidemment, le Code étant adopté par*

⁴²⁰ J.-L. ALBERT, art. préc.

⁴²¹ Ph. YOLKA qualifie la passation des marchés publics « *d'épicentre à partir duquel c'est propagé le principe de mise en concurrence* » : Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 67.

⁴²² S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 14.

⁴²³ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

⁴²⁴ *Idem.* : « *considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet, ni pour effet de dispenser le gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelées par l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : « Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures ».*

⁴²⁵ Article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

⁴²⁶ Article 14 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* ».

décret, ses articles n'ont en eux-mêmes valeur que réglementaire. Mais, dès lors que l'article 1^{er} ne fait que « rappeler » les principes de 1789, ce n'est pas de lui qu'ils tirent leur valeur, mais de la Déclaration : à ce titre ils ont, par elle, valeur constitutionnelle »⁴²⁷. Cette interprétation du « rappel » par le Code des marchés publics a été confirmée par la doctrine⁴²⁸ et par la jurisprudence⁴²⁹. En effet, selon le Conseil d'État, « les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1^{er} de ce code »⁴³⁰. Cette démarche jurisprudentielle met cependant en exergue l'effort d'interprétation que doit opérer le juge constitutionnel pour rattacher les principes de la commande publique à des normes de valeur constitutionnelle, principes jusque là formulés par voie réglementaire.

Une telle démarche de la part du juge constitutionnel s'inscrit dans la continuité des jurisprudences de la Cour de justice⁴³¹ qui étendent et précisent la portée des principes de la commande publique. En effet, la constitutionnalisation des principes renforce leur statut et leur effectivité, car ils sont érigés au sommet de la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique interne, et ont désormais vocation à être utilisés dans le contrôle de constitutionnalité des lois. En droit interne, ils passent ainsi d'un statut de principes « réglementaires » à un statut de principes constitutionnels, et acquièrent ainsi une valeur normative similaire à celle instituée par la Cour de justice de l'Union européenne.

La constitutionnalisation effective des principes de la commande publique reste toutefois en débat en doctrine⁴³². Pour Stéphane Braconnier⁴³³, les principes restent des exigences

⁴²⁷ P. DELVOLLE, art. préc., p. 469.

⁴²⁸ V. par exemple B. DACOSTA, concl. sur CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *BJCP* n°64, juin 2009, p. 203 : « l'article 1^{er} du code n'édicte pas des principes : il se borne à les rappeler ».

⁴²⁹ CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc.

⁴³⁰ *Idem*.

⁴³¹ J.-D. DREYFUS et B. BASSET, « Autour de la notion de droit commun de la commande publique », *AJDA* 2004, p. 2256.

⁴³² Voir par exemple S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 3^{ème} éd., Montchrestien, qui cite l'un des commentaires officiels du Conseil Constitutionnel associé à la décision du 26 juin 2003 (source : site internet du Conseil Constitutionnel), « sans doute aussi le respect d'exigences de valeur constitutionnelle est-il favorisé par les règles de publicité et de mise en concurrence (comme par d'autres règles plus spécifiques telles que, en matière de maîtrise d'ouvrage publique, celles relatives à la désignation d'un prestataire par nature de prestation, ou, en matière de DSP, celles limitant la durée de la délégation), ou bien, de façon plus générale, par les règles ayant pour objet de garantir l'égal accès à la commande publique (n°92-316 DC du 20 janvier 1993, *Rec. P.* 14, cons. 38), ou bien encore par celle tendant à protéger les intérêts financiers de l'Etat ou la propriété publique. Il n'en reste pas moins que ces règles n'ont pas, par elles-mêmes, valeur constitutionnelle. Constituant en quelque sorte des « principes sentinelles », elles peuvent et doivent être conciliées avec d'autres impératifs constitutionnels ou avec des objectifs d'intérêt général ».

constitutionnelles à distinguer des principes constitutionnels à part entière. Le droit commun de la commande publique, placé au service d'exigences constitutionnelles spécifiques à l'achat public, ne contraint le législateur qu'à partir du moment où celles-ci sont menacées d'être remises en cause⁴³⁴. Cette conception peut être confirmée par les décisions ultérieures du Conseil constitutionnel, dans lesquelles il ne fait plus référence aux principes fondamentaux de la commande publique, préférant l'égalité devant la commande publique⁴³⁵. Toutefois, cette référence explicite aux principes de la commande publique dans la décision du 26 juin 2003⁴³⁶ participe indéniablement à leur ascension fonctionnelle, et leur donne une dimension effective dans le contrôle des dispositions relatives à la commande publique autres que celles concernant les marchés publics et les délégations de service public.

Le Conseil constitutionnel confirme également l'existence d'un ensemble formé par les trois principes de la commande publique, qui disposent tous de la même valeur normative. En revanche, il ne se prononce pas explicitement sur l'existence d'une fonction supplétive commune aux principes, mais la reconnaissance de ces principes au rang constitutionnel signifie qu'ils ont vocation à s'appliquer même en l'absence d'un régime spécifique. À cet égard, le juge administratif affine sa jurisprudence en reconnaissant une fonction supplétive des principes au-delà d'un régime spécifique.

B : La consécration d'une fonction supplétive commune aux principes au-delà d'un régime spécifique.

La reconnaissance du caractère supplétif des principes amène à se poser la question de leur application concrète en l'absence de texte. En d'autres termes, une interrogation subsiste sur les modalités pratiques d'exercice des principes lorsqu'aucun texte n'en prévoit l'emploi. À ce titre, le juge administratif a été amené à préciser les implications concrètes des principes de la commande publique lorsqu'aucune règle spécifique ne prévoit d'obligation de publicité et de mise en concurrence précise. Toutefois, il ne l'a pas fait dans le cadre d'un contentieux

⁴³³ S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 18.

⁴³⁴ *Idem.*

⁴³⁵ Cf. *Infra*, Chapitre 2.

⁴³⁶ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

relatif à l'absence d'un régime spécifique, mais à l'occasion de contentieux relatifs à des contrats pour lesquels il existe bien un régime, mais dépourvu de règles précises. Certains textes prévoient en effet la soumission de tel contrat au régime de la commande publique, mais sans déterminer les règles applicables. Dans ce cadre, le juge administratif utilise les fonctions des principes de la commande publique pour combler le silence des textes, en déduisant de leur application des dispositions spécifiques. Par conséquent, le juge reconnaît l'existence d'une fonction supplétive commune aux principes au-delà d'un régime spécifique.

À cet égard, le juge administratif a été amené à préciser les implications concrètes des principes lorsqu'il n'existe pas de règles précises et spécifiques, tant en matière de marchés publics (I) qu'en matière de délégations de service public (II). Ces précisions confirment l'existence d'une conception unitaire des principes, les juges du Palais Royal faisant systématiquement référence, dans cette démarche, aux trois principes de la commande publique sans les distinguer dans leur application concrète.

I : La reconnaissance d'une fonction supplétive commune au-delà d'un régime spécifique en matière de marché public.

Certaines critiques ont pu être faites à l'égard du Conseil d'État suite à la publication de son avis du 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*⁴³⁷. En effet, dans cet avis, la Haute juridiction ne traitait pas des modalités pratiques de la passation des contrats ne faisant pas l'objet d'une réglementation spécifique, mais devant respecter les principes de la commande publique⁴³⁸. Les acheteurs publics n'avaient donc aucune indication sur les implications concrètes des principes en l'absence de texte⁴³⁹. Ultérieurement à l'avis du 29 juillet 2002, le Conseil d'État précise sa jurisprudence en déduisant de la fonction supplétive commune aux principes des obligations juridiques précises.

⁴³⁷ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc. Cet avis révèle le caractère supplétif commun des principes, qui s'appliquent à tous les marchés publics passés en application du Code des marchés publics, même lorsqu'il n'existe pas de disposition spécifique.

⁴³⁸ J.-M. QUENNEHEN, art. préc. p. 1478.

⁴³⁹ *Idem*.

Dans la décision *ANPE* du 30 janvier 2009⁴⁴⁰, des précisions sont apportées sur les modalités de passation des marchés publics soumis à l'article 30 du Code des marchés publics de 2001. Cet article dispose que « *les marchés publics qui ont pour objet : 1 : Des services juridiques ; 2 : Des services sociaux et sanitaires ; 3 : Des services récréatifs, culturels et sportifs ; 4 : Des services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles, sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution* »⁴⁴¹. Ces marchés publics ne nécessitent donc pas de formalité particulière de passation, à l'instar des marchés publics de l'article 28 du Code des marchés publics de 2001 qui ont fait l'objet de la décision *Société Maj Blanchisserie de Pantin*⁴⁴². Reprenant la jurisprudence antérieure, le Conseil d'État affirme que « *la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les marchés de service passés par l'ANPE selon la procédure de l'article 30 du code des marchés publics étaient soumis, malgré leurs spécificités, aux dispositions générales de l'article 1er de ce code, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci* »⁴⁴³. En effet, comme le rappelle la décision, « *les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, applicable en l'espèce, selon lequel : quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* »⁴⁴⁴. Ces marchés publics sont donc soumis, malgré la particularité de leur objet qui peut justifier l'absence d'une procédure spécifique, au respect des principes fondamentaux de la commande publique⁴⁴⁵.

Dans cette décision, le Conseil d'État précise également les modalités pratiques de la soumission de ces marchés au respect des principes de la commande publique, en dégagant des règles non écrites. Pour assurer leur effectivité, le pouvoir adjudicateur doit procéder à une information appropriée des candidats sur les critères d'attribution du marché, et ce dès

⁴⁴⁰ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

⁴⁴¹ Art. 30 du Code des marchés publics de 2001.

⁴⁴² CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

⁴⁴³ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

⁴⁴⁴ *Idem.*

⁴⁴⁵ *Idem.*

l'engagement de la procédure d'attribution⁴⁴⁶. En outre, en cas de pluralité de critères, la personne publique doit préciser les conditions de leur mise en œuvre⁴⁴⁷. Les juges du Palais Royal font donc découler du respect des principes généraux de la commande publique des obligations précises alors qu'aucun texte n'en prévoit l'emploi. Dans une décision du 24 février 2010, *Communauté de Communes de l'Enclave des Papes*⁴⁴⁸, le Conseil d'État procède de manière identique pour les marchés passés selon une procédure adaptée. L'article 28 du Code des marchés publics ne prévoit aucune formalité particulière pour la passation de ces contrats⁴⁴⁹. Reprenant la logique de la décision *Société Maj Blanchisserie de Pantin*⁴⁵⁰, le Conseil d'État indique que « *les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique (...) les marchés passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code sont soumis aux dispositions de son article 1er, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci* »⁴⁵¹. Dans les considérants suivants, le Conseil d'État détaille les obligations précises que doivent respecter les autorités adjudicatrices lorsqu'elles envisagent de conclure un marché public à procédure adaptée⁴⁵². En l'absence de disposition spécifique

⁴⁴⁶ *Idem* : « *considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats* ».

⁴⁴⁷ *Idem* : « *que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères* ».

⁴⁴⁸ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14.

⁴⁴⁹ Art. 28 – I du Code des marchés publics : « *lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

⁴⁵⁰ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

⁴⁵¹ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, préc.

⁴⁵² *Idem* : « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend*

dans le Code des marchés publics, les juges du Palais Royal tirent donc des conséquences concrètes et ciblées du respect des principes fondamentaux de la commande publique. Des précisions similaires sur la conclusion des marchés subséquents à un accord cadre sont apportées par la décision du Conseil d'État du 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics contre Société SCC*⁴⁵³. Il en est de même pour les marchés publics soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics⁴⁵⁴, dans une décision du 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval*⁴⁵⁵.

Dans ces décisions, le Conseil d'État ne révèle pas la fonction supplétive commune aux principes de la commande publique en l'absence d'un régime spécifique, puisque les contrats concernés sont soumis à un texte particulier. En revanche, il déduit de cette fonction des règles non écrites, comportant des obligations juridiques précises. Ainsi, en l'absence de dispositions spécifiques, les juges du Palais Royal guident les acteurs de l'achat public sur les conséquences à tirer du respect des principes de la commande publique. Dès lors, « *commence ainsi à s'ériger un important corpus de règles prétoriennes qui viennent s'ajouter à un droit encore très dense et non encore codifié (...). Ces règles, non écrites, sont fortement marquées par le caractère subjectif qui s'attache à l'application de principes fondamentaux : elles*

opérer la sélection des candidatures ; que, par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; que cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures ».

⁴⁵³ CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics c. Société SCC*, n° 368448 et 368461 ; JCP A 2013, act. 623 ; BJCP 2013. 418, concl. B. Dacosta ; Contrats et marchés publ. 2013, comm. 248, note W. Zimmer ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 221, obs. C. Prebissy Schnall : « *considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution des marchés subséquents et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant prévisible des marchés concernés ; qu'il lui est loisible, dans l'hypothèse du choix d'une pondération des critères, d'exprimer le poids de chacun d'entre eux par une fourchette, qu'il peut éventuellement préciser lors de la passation de chacun des marchés subséquents ; que toutefois, eu égard à l'interdiction pour les parties, édictée par le II de l'article 76 du code des marchés publics cité ci-dessus, d'apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre, l'écart maximal de cette fourchette doit être approprié et ne saurait, en tout état de cause, autoriser l'absence de prise en compte ultérieure de certains des critères annoncés ».*

⁴⁵⁴ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, préc.

⁴⁵⁵ CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la Vallée d'Orge Aval*, n° 348711, Rec. T. p. 1006 ; BJCP 2011, p. 435, concl. B. Dacosta, obs. Ch. M. ; AJDA 2011. 2180, note E. Busson ; Contrats et marchés publ. 2011, comm. 287, note W. Zimmer ; CP-ACCP 2011, n° 116, p. 56, note E. Lanzarone ; RJEP 2012, comm. 8, note D. Moreau. Confirmé par CE, 25 mars 2013, *Société Cophignon, Office public de l'habitat des Ardennes - Habitat 08*, n° 364951.

relèvent toujours du cas par cas »⁴⁵⁶. Par cette jurisprudence, le Conseil d'État « *présente l'intérêt de renforcer la cohérence des principes relatifs à l'information des candidats aux marchés publics, quelle que soit la procédure applicable* »⁴⁵⁷, en affinant les contraintes procédurales découlant du respect des principes. Par conséquent, le juge administratif reconnaît une fonction supplétive aux principes au-delà d'un régime spécifique, dans le sens où les principes s'appliquent lorsqu'il existe un texte qui le prévoit, mais dont le contenu n'informe pas sur les règles spécifiques à appliquer. Les principes de la commande publique comblent ainsi le silence des textes par leur fonction supplétive qui s'applique au-delà d'un régime spécifique.

Tout en précisant le caractère supplétif des principes, le Conseil d'État confirme l'existence de leur unité fonctionnelle. En effet, les obligations dévoilées dans les décisions précitées découlent toutes de l'ensemble formé par les principes de la commande publique. Selon la formule employée par les juges, ces règles non écrites sont érigées pour « *assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* »⁴⁵⁸. Il n'y a pas de distinction faite entre les principes dans leur application concrète en l'absence de disposition spécifiques. Dès lors, ils forment un ensemble dont découle des obligations juridiques communes. Le constat est similaire dans le contentieux des délégations de service public.

⁴⁵⁶ P. BAECKE (de), « La maturation des principes fondamentaux de la commande publique », *Constitution* 2010, p. 410.

⁴⁵⁷ S. BRACONNIER, obs. sous CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *RDI* 2009, p. 242.

⁴⁵⁸ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc. – CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, préc. – CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279 ; *AJDA* 2010. 706 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 165, obs. W. Zimmer – CE 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers – CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la Vallée d'Orge Aval*, préc. – CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, préc. – CE, 26 septembre 2012, *GIE «Groupement des poursuites extérieures»*, n° 359389, *Rec. T.* 829 ; *BJCP* 2012. 418, concl. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 303, note P. Devillers ; *AJDA* 2012. 1824., obs. D. Poupeau – CE, 25 mars 2013, *Société Cophignon, Office public de l'habitat des Ardennes - Habitat 08*, préc. – CE, 6 décembre 2013, *Département de la Corse du Sud*, n° 370901.

II : La reconnaissance d'une fonction supplétive commune au-delà d'un régime spécifique en matière de délégation de service public.

La passation des délégations de service public fait l'objet d'une réglementation depuis l'adoption de la Loi *Sapin* de 1993⁴⁵⁹. Il existe donc des obligations procédurales spécifiques en droit interne, antérieures à la décision *Telaustria*⁴⁶⁰. Toutefois, certaines ambiguïtés demeurent sur le régime de passation de ces contrats. D'une part, en cas de faible montant, la passation des délégations de service public n'est pas soumise à des exigences procédurales particulières⁴⁶¹. D'autre part, le caractère supplétif des principes dégagé par la Cour de justice n'est effectif que si la concession présente un intérêt transfrontalier⁴⁶². En outre, les dispositions prévues par le Code général des collectivités territoriales ne sont pas toujours suffisamment précises. Dès lors, des précisions doivent être apportées sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique dans le domaine des délégations de service public.

Dans une décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles* du 23 décembre 2009⁴⁶³, le Conseil d'État indique que « les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique »⁴⁶⁴. Les juges du Palais Royal généralisent à l'ensemble des délégations de service public le champ d'application des principes de la commande publique, dont le respect n'est pas conditionné par le montant ou l'objet du contrat envisagé. Le Conseil d'État

⁴⁵⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, préc.

⁴⁶⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc. Cette décision reconnaît le caractère supplétif des principes de la commande publique pour les concessions de service non soumises au champ d'application des directives.

⁴⁶¹ Art. L1411-12 du Code général des collectivités territoriales : « les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public : (...) Lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2. Les modalités de cette publicité sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

⁴⁶² CJUE, 13 novembre 2007, *Commission contre Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777 ; *AJDA* 2007. 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 40, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 3, note W. Zimmer.

⁴⁶³ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugué ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, n° 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

⁴⁶⁴ *Idem.*

ajoute ensuite que « *ces règles s'imposent à l'ensemble des délégations de service public, qu'elles entrent ou non dans le champ du droit communautaire* »⁴⁶⁵. Par conséquent, le champ d'application du droit de l'Union européenne est sans incidence sur l'application des principes de la commande publique⁴⁶⁶. Ainsi, « *cette solution présente un mérite incontestable dans la mesure où le fondement ainsi retenu s'applique à toutes les délégations de service public, qu'elles « entrent ou non dans le champ du droit communautaire », c'est-à-dire qu'elles présentent ou non un intérêt transfrontalier certain* »⁴⁶⁷. Dès lors, les principes de la commande publique doivent être respectés par l'autorité délégante, et ce même si la délégation de service public ne présente pas un intérêt transfrontalier. Le Conseil d'État avait déjà fait référence aux exigences du traité dans une décisions du 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux contre Société Kéolis*⁴⁶⁸, en affirmant que les dispositions de la loi Sapin « *s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité* »⁴⁶⁹. Mais cette décision n'évoquait pas le sort des délégations ne présentant pas d'intérêt transfrontalier.

Dans cette décision du 23 décembre 2009, les juges confirment également la valeur de principe général du droit dégagée dans l'avis *Société Maj Blanchisserie de Pantin*⁴⁷⁰ des principes de la commande publique. Il est à noter que la confirmation de cette valeur juridique est postérieure à la décision du Conseil Constitutionnel qui constitutionnalise les principes de la commande publique⁴⁷¹. Pour Gabriel Eckert⁴⁷², l'affirmation de cette valeur supra-décrétale

⁴⁶⁵ *Idem.*

⁴⁶⁶ P. REES, comm. préc.

⁴⁶⁷ G. ECKERT, comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Dr. adm* 2010, comm. 36.

⁴⁶⁸ CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2009. 1889, note F. Train ; *RFDA* 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux ; *Dr. adm.* 2009, comm. 68, note L. Battoue ; *BJCP* 2009. 268, concl. B. Dacosta, obs. Ch. M. ; *RLCT* 2009, n° 1403, note A. Sée ; *JCP Adm.* 2009. 2148, note F. Dieu ; *RDP* 2010. 217, art. G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 162, note P. Soler-Couteaux.

⁴⁶⁹ *Idem.*

⁴⁷⁰ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

⁴⁷¹ CC, 26 juin 2003, préc.

⁴⁷² G. ECKERT, comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc. : « *en se plaçant sur le terrain des principes généraux de la commande publique, le juge s'interdisait de contester la loi dans la mesure où, d'une part, la question prioritaire de constitutionnalité n'était pas encore entrée en vigueur (...) et où, d'autre part et surtout, la loi Sapin avait été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel* ».

et infra-législative permet au Conseil d'État de ne pas contester la loi *Sapin*, cette dernière ayant été déclarée conforme à la Constitution dès son entrée en vigueur⁴⁷³.

Dans la décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles* du 23 décembre 2009⁴⁷⁴, les juges du Palais Royal apportent également des précisions quant aux modalités de mise en œuvre des principes de la commande publique, à l'instar de la décision *ANPE*⁴⁷⁵ en matière de marchés publics. Une information appropriée sur les critères de choix des offres doit être apportée aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, alors même que les dispositions de la loi *Sapin*⁴⁷⁶ ne le précisent pas. En effet, « *la circonstance que les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 (...) prévoient seulement que, après avoir dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, la collectivité publique adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur, est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres* »⁴⁷⁷. Le Conseil d'État était déjà venu préciser le régime de passation des délégations de service public sur le fondement du respect des principes de la commande publique⁴⁷⁸. Mais la décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles*⁴⁷⁹ confirme la fonction supplétive des principes de la commande publique, et en précise le sens et la portée en l'absence de dispositions spécifiques. Par conséquent, il confirme également l'existence d'une fonction supplétive commune au-delà d'un régime spécifique.

Il est à souligner que le Conseil d'État, pour étendre la portée des règles de la commande publique en l'absence d'intérêt transfrontalier, ne se fonde pas sur les principes issus du droit

⁴⁷³ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. p. 14 ; D. 1994. 285, obs. H. Mais ; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud ; LPA 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RFDC 1993. 375, note L. Favoreu.

⁴⁷⁴ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

⁴⁷⁵ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

⁴⁷⁶ Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, préc.

⁴⁷⁷ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

⁴⁷⁸ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, n° 287198, Rec. T. p. 945 ; AJDA 2007. 311, note J.-C. Videlin ; Contrats et marchés publ. 2006, comm. 322, note G. Eckert ; BJCP 2007, p. 32, concl. D. Casas.

⁴⁷⁹ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

de l'Union européenne, contrairement aux juges de première instance⁴⁸⁰, mais sur les principes de droit interne. Cela peut être expliqué du fait qu'il est « *assez peu opportun qu'un juge national anticipe sur une jurisprudence virtuelle et hypothétique de la Cour de justice, à partir de concepts sur la portée précise desquels celle-ci ne s'est pas encore prononcée* »⁴⁸¹. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas précisé la portée du principe de transparence en matière de critères de sélection des offres des concessions de services, mais rien n'interdisait au Conseil d'État de tirer certaines conséquences d'un tel principe et d'adopter la même solution⁴⁸².

Cette jurisprudence du Conseil d'État confirme également l'existence d'une unité fonctionnelle des principes de la commande publique, déjà remarquée en droit des marchés publics. D'une part, en matière de délégation de service public, le caractère supplétif des principes est commun au « tout » qu'ils forment. D'autre part, les juges font découler des obligations juridiques précises de l'ensemble constitué par les principes, et non seulement de l'un d'entre eux⁴⁸³. Ainsi, les différences entre les régimes des marchés publics et des délégations de service public tendent à s'estomper sous l'effet du respect des principes fondamentaux de la commande publique⁴⁸⁴. Le droit des délégations de service public est de fait marqué par une « *imprégnation croissante par des principes de portée générale* »⁴⁸⁵. Le Conseil d'État, en plus de réceptionner le caractère supplétif commun des principes, en a étendu la portée. Une des principales conséquences remarquables de l'éclosion des principes de la commande publique est l'unification de la formulation de ces derniers, aussi bien entre les jurisprudences nationale et communautaire qu'entre cette même jurisprudence et les textes législatifs et réglementaires⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ TA Versailles, ord., 28 mai 2009, *Sté Antenna Audio* ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 237, obs. F. Llorens.

⁴⁸¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* 2010, n° 69, p. 106.

⁴⁸² G. ECKERT, comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

⁴⁸³ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc. : « *pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres* ».

⁴⁸⁴ J.-M. PASTOR, obs. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *AJDA* 2010, p. 11 – Voir également F. DIEU, comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *JCP A* 2010, n°11, comm. 2103.

⁴⁸⁵ B. DACOSTA, concl. préc., p. 107.

⁴⁸⁶ R. GRANJON, « Commande publique : les règles générales de passation des contrats », *CP-ACCP* n°73, janvier 2008, p. 30.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

Les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures ont acquis un rôle de matrice du droit de la commande publique. Ainsi, l'ensemble formé par les principes constitue un corpus de règles auquel sont attribuées deux fonctions principales. La première est la protection d'objectifs généraux communs que sont la bonne utilisation des deniers publics, l'efficacité de la commande publique et l'ouverture du marché à la concurrence. La seconde est une fonction supplétive commune, qui permet la sanction des comportements « *en l'absence ou au-delà d'un régime spécifique* »⁴⁸⁷. La poursuite de ces deux fonctions démontre l'existence d'une unité fonctionnelle des principes de la commande publique, ces derniers étant perçus comme un ensemble homogène doté d'une fonctionnalité commune. Ils forment un « tout » qui semble indissociable. Dès lors, la question se pose de savoir s'il est possible de singulariser les fonctions de chaque principe au sein de l'ensemble qu'ils forment.

⁴⁸⁷ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 592.

Chapitre 2 :

L'absence patente d'une conception singulière des fonctions des principes de la commande publique.

Les fonctions communes des trois principes de droit interne de la commande publique étant clairement identifiées, il convient de se demander si les fonctions propres de chacun des principes sont elles mêmes connues. Il est légitime de se poser la question, car ce n'est pas un principe fondamental du droit de la commande publique qui a été consacré, mais un ensemble de trois principes. Dès lors, chacun des principes pris isolément devrait pouvoir assurer une fonction précise, non garantie par les deux autres principes. Sinon, pourquoi morceler en plusieurs principes fondamentaux une matière aussi importante que le droit de la commande publique ? Et pourquoi avoir mis en avant ces trois principes, et non deux ou quatre, si ce n'est que chacun tient un rôle précis dans le droit de la commande publique ? Chaque principe doit pouvoir bénéficier d'une singularité dans ses fonctions.

La démarche qui tend à vouloir montrer cette singularité fonctionnelle des principes se révèle opportune car, comme le souligne Michel Guibal, « *il est important de bien savoir quelles fonctions on assigne à un principe fondamental dès lors qu'il est réputé applicable à un ordonnancement juridique* »⁴⁸⁸. L'entreprise s'avère cependant délicate, car « *c'est une chose d'affirmer l'application d'un principe, c'en est une autre de définir avec précision les contraintes qu'il fait peser sur les acteurs concernés* »⁴⁸⁹. L'étude approfondie du droit positif et du discours doctrinal dévoile l'absence de définition précise des fonctions de chaque principe de la commande publique. En effet, si les principes sont explicitement reconnus par les textes et la jurisprudence, aucune de ces sources n'en donne une définition précise⁴⁹⁰. Il est par conséquent difficile de préciser la teneur propre à chaque principe⁴⁹¹ (**Section 1**). Les raisons de l'absence d'une définition précise des principes résident dans l'existence d'une confusion de leurs fonctions. Leur champ de compétence se recoupe au sein de l'ensemble homogène qu'ils forment. L'origine de cette absence d'une singularité des fonctions propres

⁴⁸⁸ M. GUIBAL, « Un nouveau code des marchés publics ? » *AJDA* 2001, p. 360.

⁴⁸⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, avril 2010, p. 105.

⁴⁹⁰ G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 595.

⁴⁹¹ *Ibid.*

des principes provient de la consécration de la transparence en tant que principe, qui explique la problématique actuelle à donner une définition claire des fonctions de chaque principe (Section 2).

Cette absence d'une définition des fonctions propres à chaque principe a des conséquences préjudiciables. Ces derniers ont émergé afin d'apporter un cadre stable au droit de la commande publique⁴⁹², puisque c'est la complexité grandissante de cette matière qui a provoqué leur consécration⁴⁹³. Il est vrai que lorsqu'une matière juridique, un système juridique ou un ordre juridique se complexifie, les pouvoirs normatifs ou les juges ont recours à l'utilisation de principes dans le but de restructurer la matière. En effet, « *le recours aux principes bénéficie d'une double légitimité : une légitimité fonctionnelle qui s'inscrit dans la perspective de la rationalisation du droit, un prélude à sa rationalité effective une fois le processus achevé (...). Ils contribuent à forger la cohérence de l'ordre juridique normatif et ils servent à combler les lacunes du droit* »⁴⁹⁴. Les principes de la commande publique doivent donc servir de fondement à la mise en place d'un régime commun, stable et pérenne à l'ensemble du droit de la commande publique⁴⁹⁵. Or, l'absence d'une définition propre à chacun constitue un obstacle à la mise en place de ce régime. La recherche d'une homogénéité dans cette matière n'est possible que si les contours et la portée de chaque principe fondamental sont déterminés⁴⁹⁶.

Section 1 : Le constat d'un défaut de singularisation des fonctions propres à chaque principe.

La recherche des fonctions propres à chaque principe de la commande publique s'avère être une entreprise difficile car, selon Élise Langelier, « *vouloir présenter de manière*

⁴⁹² Pour une comparaison avec le droit de l'environnement, v. Y. JEGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*. 1996, p. 209 – Cf. *Supra*, Introduction.

⁴⁹³ G. ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 238 : « *le phénomène de dispersion, voire d'émiettement généralement observé s'accompagne de l'émergence progressive de principes communs à l'ensemble de la commande publique* ».

⁴⁹⁴ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722.

⁴⁹⁵ G. ECKERT, préc., p. 238 : « *ceux-ci peuvent alors servir de base pour constituer les fondements, notamment constitutionnels, d'un nouveau droit des contrats publics* ».

⁴⁹⁶ S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *Mélange en l'honneur du Professeur Laurent RICHER*, LGDJ, 2013, p. 429 : « *tant que l'on décidera que les principes d'égalité et de transparence n'ont aucune implication procédurale (...) il sera vain de rechercher l'homogénéité que fait tant défaut ici (homogénéité du corpus de règles qui régissent l'interface entre l'administration et le marché)* ».

*synthétique ce qui est propre à chacun d'eux relève de la gageure. Les frontières entre les champs, les fonctions et les rapports d'autorité liant les uns aux autres ne sont pas clairs »*⁴⁹⁷. Ainsi, l'objectif de singularisation des fonctions de chaque principe au sein de l'ensemble homogène qu'ils forment relève d'une démarche malaisée. Deux raisons expliquent l'absence d'une singularité fonctionnelle des principes fondamentaux de la commande publique : une imprécision de leurs fonctions propres (**Paragraphe 1**) et, lorsqu'une tentative de définition existe, une confusion de leurs fonctions respectives (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La carence d'une définition précise des fonctions propres en droit interne.

En droit positif, il n'existe pas de définition des fonctions propres à chaque principe de la commande publique, l'étude des textes de droit interne révélant que le pouvoir normatif ne précise pas le contenu de chaque principe (**A**). Il est donc inutile d'aller rechercher l'existence d'une singularité fonctionnelle des principes dans les textes. Il en est de même dans la jurisprudence des juges internes, ces derniers ne définissant pas les implications propres à chaque principe (**B**). Par conséquent, il existe une véritable imprécision quant aux fonctions spécifiques à chaque principe.

A : Une imprécision des fonctions propres des principes dans les textes.

Les textes de valeur tant réglementaire que législative ne disposent pas d'une définition claire de chacune des fonctions des principes fondamentaux de la commande publique. En effet, il est vain de trouver une source normative qui définisse avec plus ou moins de précision le rôle tenu par chacun des principes. En outre, « *une des principales difficultés de l'analyse de ces principes tient au fait que, jusqu'en 2001, voire 2004, ils ne pouvaient qu'être déduits de dispositions textuelles qui ne les exprimaient pas expressément* »⁴⁹⁸. Il est vrai que les fonctions générales des trois principes pris dans leur

⁴⁹⁷ E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Thèse, LGDJ, éd. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012, p. 383.

⁴⁹⁸ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 595.

ensemble sont, elles, définies. C'est le cas dans le Code des marchés publics de 2006 qui, dans son chapitre 1^{er} intitulé « *Définitions et principes fondamentaux* », affirme que les principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics⁴⁹⁹. Mais le Code des marchés publics (I), comme les autres textes relatifs à la commande publique (II), ne définissent pas précisément les fonctions des principes de la commande publique. Il n'existe donc aucune singularité fonctionnelle visible dans les textes de droit interne.

I : Une imprécision des fonctions propres dans le Code des marchés publics.

Le Code des marchés publics est le terrain privilégié d'application des principes fondamentaux de la commande publique. La passation de ce type de contrat est la plus réglementée en droit interne⁵⁰⁰ comme en droit de l'Union européenne⁵⁰¹. C'est dans le cadre du régime de ces contrats qu'est apparu pour la première fois le triptyque devenu maintenant commun des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures⁵⁰². Dans les rédactions antérieures à 2001, le Code disposait seulement que les marchés devaient être passés « *après mise en concurrence* », sans faire référence à l'existence d'un principe particulier.

Hormis l'article 1^{er} de l'actuel Code qui désigne les fonctions globales des trois principes de la commande publique⁵⁰³, il n'existe pas de disposition définissant les fonctions propres de chacun d'eux. En effet, aucun article n'indique la teneur exacte d'un des principes. Certes, il est possible, à la lecture du Code, de constater que de rares articles aiguillent sur le rôle d'un des principes. C'est le cas par exemple de l'article 66 sur la négociation qui ne fait référence

⁴⁹⁹ Article 1^{er}-II du code des marchés publics de 2006, issu du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

⁵⁰⁰ Les marchés publics ont été les premiers et les seuls contrats à faire l'objet d'une codification complète et très formalisée, depuis le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964, date du premier code des marchés publics.

⁵⁰¹ Les marchés publics sont les premiers contrats à avoir fait l'objet d'une réglementation en droit de l'Union Européenne par la directive du Conseil 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *Rec. L* 185/5.

⁵⁰² Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF* 2001, p. 37003.

⁵⁰³ Art. 1^{er} – II du Code des marchés publics : « *les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

expressément qu'à l'égalité de traitement : « *la négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux* »⁵⁰⁴. Mais en dehors de ce cas, il n'est fait référence à aucun principe pris isolément. La liberté d'accès à la commande publique semble avoir été ignorée par les rédacteurs du Code puisque ce principe n'est mentionné, hormis à l'article 1^{er}, qu'à l'article 288 relatif aux conditions d'exécution tenant aux sous-contrats des marchés de défense ou de sécurité, et aux côtés des principes de transparence et d'égalité⁵⁰⁵. Le terme de « liberté d'accès » n'apparaît donc que deux fois dans l'intégralité du Code des marchés publics.

Il n'existe par conséquent aucune définition précise des fonctions propres à chaque principe dans le Code des marchés publics. Dès lors, il n'est possible, de manière certaine, de faire découler une obligation particulière, décrite dans le Code, de tel ou tel principe⁵⁰⁶. Les anciens Codes ne donnaient pas non plus de définition précise des fonctionnalités de chacun des principes⁵⁰⁷. Seul l'article 67 du Code de 2004 relatif au dialogue compétitif disposait que dans le cadre de cette procédure, « *les candidats sont entendus dans des conditions de stricte égalité* »⁵⁰⁸. C'est seulement au sein des Codes annotés que les auteurs essaient de donner une définition de chacun des principes⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Art. 66 du Code des marchés publics.

⁵⁰⁵ Article 288 du Code des marchés publics : « *si la valeur d'un sous-contrat, estimée conformément à l'article 202, est inférieure aux seuils de procédure formalisée, le titulaire, conformément aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, fixe librement les modalités de publicité appropriées aux caractéristiques de ce sous-contrat, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* ».

⁵⁰⁶ Si tel était le cas, cela permettrait de préciser les fonctions propres à chaque principe.

⁵⁰⁷ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc., art. 1^{er} : « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». ; Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, JORF n°140 du 17 juin 2005 p. 10338, art. 1^{er} : « *quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

⁵⁰⁸ Article 67 du Code des marchés publics de 2004 : « *chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne responsable du marché ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci* ».

⁵⁰⁹ V. par exemple : M. GUIBAL, N. CHARREL, *Code commenté des marchés publics*, éd. Le Mon., 6^{ème} éd. – *Code des marchés publics et autres contrats publics*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2013, Commentaires, annotations jurisprudentielles et références bibliographiques établis par A. MENEMENIS – *Code des marchés publics*, commenté sous la direction de F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, Ed. LexisNexis, 2013.

La circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics⁵¹⁰ détaille légèrement plus la portée de chaque principe, notamment celle de la liberté d'accès à la commande publique. Selon ce guide, « *les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes rappelés à l'article 1er du code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. (...) La publicité présente une double utilité. Elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés en informant les secteurs économiques concernés du lancement d'une procédure d'achat. Elle suscite une plus grande diversité des offres, elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics* ». Cette indication précise une des fonctions du principe de liberté d'accès, celle d'assurer une publicité permettant de susciter une grande diversité d'offres. Cependant, ce type de texte n'a aucune valeur juridique effective, car il aiguille seulement les acheteurs publics sur les conséquences à tirer des obligations contenues dans le Code des marchés publics, sans détenir de valeur normative.

Il convient de s'interroger sur l'absence de définition de la portée de chacun des principes dans le Code des marchés publics. Une explication réside dans le fait que la réglementation du Code est antérieure à l'émergence des trois principes de la commande publique. Les obligations de publicité et de mise en concurrence existent depuis longtemps⁵¹¹, puisqu'il est possible d'en trouver les premières traces dans les digestes de l'empereur Justinien⁵¹². Dans la construction du droit de la commande publique, jusqu'aux années 2000, l'accent était mis sur les obligations de publicité et de mise en concurrence, sans qu'il soit fait référence à un principe fondamental dont elles découleraient. L'étude historique du droit des contrats administratifs montre ainsi que, pendant des siècles, il n'existait pas un triptyque de principes tel qu'il existe aujourd'hui. La référence à des principes fondamentaux était seulement faite épisodiquement, dans certains ouvrages par exemple⁵¹³. C'est le Code des marchés publics de 2001⁵¹⁴ qui atteste de l'existence des trois principes, « *la liberté d'accès à la commande*

⁵¹⁰ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* du 15 février 2012, p. 2600.

⁵¹¹ Pour un historique détaillé du régime des contrats publics, v. X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics, Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 206, 2001.

⁵¹² *Idem*.

⁵¹³ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2ème éd., 1983, Tome 1, p. 593 : « *l'adjudication est mise en œuvre par les principes de la publicité, du libre accès des concurrents, de l'égalité de ceux-ci* ».

⁵¹⁴ Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc.

publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures »⁵¹⁵. Ces derniers sont donc consacrés bien après l'existence et la mise en place du respect de certaines obligations spécifiques dans la passation des marchés publics. Dès lors, une définition précise de la portée propre à chaque principe ne semble pas utile dans la mesure où une réglementation solide et précise existe déjà.

La nouvelle ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics⁵¹⁶ est dans la droite ligne du Code des marchés publics de 2006. L'article 1^{er} dispose que « *les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ». En outre, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les principes ont également pour objectif « *d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne* ». Les articles suivants ne donnent aucune indication particulière sur la portée propre à chaque principe. L'ordonnance énonce donc les objectifs classiques poursuivis par les trois principes, mais n'apporte aucune précision sur les fonctions spécifiques à chacun d'eux.

Dès lors, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une réelle utilité à définir les fonctions de chaque principe dans le cadre du Code des marchés publics. Malgré les explications précédemment évoquées, cette entreprise s'avère nécessaire. Il est vrai que, pour l'application concrète de certaines règles du Code, cette définition n'est pas utile, tant la réglementation est formalisée et précise⁵¹⁷. En revanche, certains articles laissent une marge de manœuvre importante à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la procédure, ce qui rend malaisée sa mise en œuvre⁵¹⁸. Dans ces cas, des précisions sur les fonctions propres à chaque principe sont utiles pour permettre aux acteurs de la commande publique d'avoir une

⁵¹⁵ Art. 1^{er} du décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics préc. : « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

⁵¹⁶ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015 p. 12602.

⁵¹⁷ C'est le cas des articles relatifs aux procédures formalisées de passation des marchés publics.

⁵¹⁸ C'est le cas par exemple de l'article 28 du Code des marchés publics relatif à la passation des marchés à procédures adaptées, qui dispose que « *lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

plus grande lisibilité sur la bonne conduite de la procédure. En outre, « *longtemps considérée comme une réglementation ancillaire, le droit des marchés publics est en passe de devenir un véritable droit, dont les principes de base ne sont plus de simples idées – forces, prétoriennes, mais des principes à valeur normative* »⁵¹⁹. Cette ascension des principes, qui deviennent des fondements pérennes du droit des marchés publics, accentue la nécessité de procéder à une définition précise de leur fonction propre. Pourtant, le constat de l'absence d'une singularité fonctionnelle de chaque principe dans le Code des marchés publics se retrouve dans les autres textes relatifs au droit de la commande publique.

II : Une imprécision des fonctions propres dans les autres textes de la commande publique.

Les autres textes relatifs au droit de la commande publique restent également très généraux sur les principes. À l'instar du Code des marchés publics, ils énoncent leur portée générale, la poursuite des objectifs d'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics⁵²⁰, sans en apporter une définition précise⁵²¹. Par exemple, l'ordonnance du 6 juin 2005⁵²², qui fixe les conditions de passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices non soumis au Code des marchés publics, ne consacre

⁵¹⁹ L. RICHER, « L'émergence d'un droit constitutionnel des marchés publics », in *Le nouveau droit des Marchés publics*, Colloque organisé le 26 septembre 2003 sous la dir. de François Lichère, Ed. L'hermès, coll. Biblio. de droit, 2004, p. 9.

⁵²⁰ V. notamment : article 5 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JORF* n°0099 du 28 avril 2010, p. 7686 ; article 5 de l'ordonnance n°2009-864 relative aux contrats de concessions de travaux publics, *JORF* n°0162 du 16 juillet 2009, p. 11853 ; article 6 de l'ordonnance n°2005-649 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014 ; article 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°141 du 19 juin 2004, p. 10994, modifié par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°0175 du 29 juillet 2008, p. 12144 ; article 2 du décret n°48-1442 du 18 septembre 1948 instituant des commissions des marchés auprès des entreprises publiques dépendant du ministère de l'industrie et du commerce, *JORF* du 19 septembre 1948, p. 9289, modifié par le décret n°2002-1017 du 18 juillet 2002 modifiant le décret n° 48-1442 du 18 septembre 1948 instituant des commissions des marchés auprès des entreprises publiques dépendant du ministère de l'industrie et du commerce, *JORF* n°172 du 25 juillet 2002, p. 12747.

⁵²¹ *Idem*.

⁵²² Ordonnance n°2005-649 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, préc.

le triptyque actuel qu'à son article 6 intitulé « *principes fondamentaux* »⁵²³, et aucun des principes n'est par la suite utilisé pour expliciter les dispositions particulières applicables.

Les dispositions relatives à la passation des délégations de service public, soumise à un certain formalisme depuis la loi *Sapin* de 1993⁵²⁴, ne mentionnent pas les trois principes de la commande publique. L'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales énonce simplement que « *les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État* »⁵²⁵. La loi *Sapin*, qui comporte des articles relatifs à la transparence des procédures de certains marchés publics, ne définit pas non plus le rôle de chacun des principes, et fait même des obligations de publicité et de mise en concurrence des « principes ». En effet, « *les contrats des travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les sociétés d'économie mixte, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* »⁵²⁶. Cette confusion entre les principes de la commande publique et les moyens de leur mise en œuvre pouvait s'expliquer en 1993, les principes n'ayant pas encore été consacrés de manière claire par le Code des marchés publics⁵²⁷, le Conseil Constitutionnel⁵²⁸ ou le Conseil d'État⁵²⁹.

Malgré cette absence de définition, quelques remarques doivent être relevées s'agissant des autres textes du droit de la commande publique. Le triptyque de 2001 a été entériné par le pouvoir normatif, la formulation originale de « *liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* » étant désormais présente dans tous les textes, sauf quelques rares exceptions comme l'article 22 de la loi

⁵²³ *Ibid.*, art. 6 : « *les marchés et les accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

⁵²⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

⁵²⁵ Art. L.1411-1 du CGCT.

⁵²⁶ Art. 48 de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 préc.

⁵²⁷ Art. 1^{er} du Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc.

⁵²⁸ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *Rec.* p. 382 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis.

⁵²⁹ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie⁵³⁰ qui place la bonne utilisation des deniers publics et l'efficacité de la commande publique au même rang que les principes, ainsi que l'article 28-1 de la loi organique du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française⁵³¹. Il est intéressant de noter que l'ordonnance sur les contrats de partenariat du 17 juin 2004 n'évoque pas, dans sa version d'origine, le principe de transparence, mais le principe d'objectivité des procédures, qui est un équivalent⁵³². Cette distinction avec la formule du Code des marchés publics a été effacée par la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariats⁵³³.

Dès lors, les textes restent très vagues sur la définition fonctionnelle des principes fondamentaux. Cette absence de définition interroge : certes, le droit de la commande publique est une matière très « textualisée », un bon nombre d'obligations techniques et procédurales étant prévues et largement explicitées par les textes⁵³⁴. Dans un domaine technique comme celui-ci, il est tout à fait logique de laisser au législateur le soin de préciser certaines obligations. Les textes ne prévoient cependant pas toutes les situations juridiques possibles, ou peuvent rester très évasifs sur la conduite à tenir par les praticiens qui, dans certains cas, disposent d'une marge de manœuvre importante⁵³⁵. Dans ces cas, il est opportun de préciser la teneur des principes, à la lumière desquels doit être analysée chaque situation n'entrant pas dans des dispositions formalisées. Définir les principes reviendrait à établir une ligne de conduite à l'attention des juges internes qui tranchent les contentieux, encore nombreux, relatifs aux contrats de la commande publique. Ces derniers ne pouvant toujours s'appuyer sur les textes, il convient d'analyser leurs décisions afin de déceler s'il existe une singularité fonctionnelle des principes de la commande publique.

⁵³⁰ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* p. 4197.

⁵³¹ Loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française, *JORF* p. 19890.

⁵³² Article 3 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats, préc. : « *la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret* ».

⁵³³ 1° de l'article 3 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats, préc. : « *les mots : « d'objectivité » sont remplacés par les mots : « de transparence »* ».

⁵³⁴ Pour l'exemple le plus probant, v. les dispositions relatives aux procédures formalisées d'appel d'offre du Code des marchés publics.

⁵³⁵ Pour un exemple probant, v. les dispositions de l'article 28 du Code des marchés publics sur la procédure adaptée.

B : Une imprécision des fonctions propres des principes dans la jurisprudence.

La jurisprudence des juridictions administratives est fondamentale pour une étude sur les principes de la commande publique car « *les précisions sur la substance exacte de ces principes reviennent pour l'essentiel au juge administratif, dans la mesure où c'est dans le cadre du contrôle des procédures de passation qu'il va pouvoir expliciter ce qui est, selon lui, une atteinte à tel ou tel principe* »⁵³⁶. La définition des principes revient donc normalement au juge administratif qui est chargé de leur sanction⁵³⁷.

Toutefois, l'étude de la jurisprudence ne permet pas de dégager une définition propre à chaque principe de la commande publique. En effet, le juge utilise fréquemment l'ensemble homogène formé par les trois principes, dont il fait découler des contraintes juridiques précises. En revanche, le recours à un seul des principes reste rare, ce qui ne permet pas de préciser la portée propre à chacun. Ce constat est observable lorsque le juge est amené à contrôler des textes ou des obligations de portée générale (I). Dans ce type de contentieux, c'est l'unité fonctionnelle des principes ainsi que leur fonction supplétive commune qui sont discutées. Dans ce cadre, la recherche d'une singularité des principes n'est pas utile.

En revanche, la recherche d'une définition des fonctions propres peut être plus propice lorsque le juge se prononce sur l'existence, l'absence ou la portée d'obligations spécifiques (II). C'est par exemple le cas lorsqu'il est saisi par un candidat évincé sur un point précis d'une procédure de passation. Dans ce cadre, l'analyse des fondements utilisés par le juge permet d'indiquer de quel principe découle l'obligation invoquée, et peut par conséquent aiguiller sur la portée de ce principe. Toutefois, l'étude de la jurisprudence démontre que le juge ne désigne globalement pas de quel principe découle l'obligation spécifique qui est discutée. Par conséquent, il est difficile de procéder à une définition exacte de la substance propre à chacun.

La jurisprudence de droit privé ne sera pas étudiée dans les développements ultérieurs⁵³⁸. Il est vrai qu'il se construit peu à peu une jurisprudence judiciaire de la commande publique⁵³⁹, le juge judiciaire étant compétent pour se prononcer sur le contentieux de certains contrats de

⁵³⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 599.

⁵³⁷ Ch. BRÉCHON-MOULÈNE, « Actualité des marchés publics : synthèse », *AJDA* 1994, p. 118.

⁵³⁸ Pour des développements sur la jurisprudence du juge judiciaire cf. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁵³⁹ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.

la commande publique⁵⁴⁰. Toutefois, ce dernier n'est pas le juge « naturel » des principes fondamentaux de la commande publique. Adoptant une conception restrictive de la portée des principes⁵⁴¹, le juge judiciaire applique strictement les textes sans en dépasser la lettre. En effet, « *lorsqu'une obligation précise est édictée par l'ordonnance ou ses décrets, le juge judiciaire se livre à une application stricte de la règle ; en revanche, dès lors qu'est en cause l'appréciation de la portée des principes fondamentaux, le juge judiciaire adopte une appréhension spécifique* »⁵⁴². Il n'est donc pas utile de chercher à dégager une définition propre à chaque principe dans la jurisprudence du juge judiciaire.

I : L'absence d'une définition des fonctions propres à chaque principe dans le contrôle des dispositions de portée générale.

La généralité des implications des principes de la commande publique utilisée par le juge administratif se conçoit lorsque ce dernier doit se prononcer sur un texte lui-même de portée générale, ou sur des contraintes juridiques globales. Dans ce cas, c'est la portée des trois principes qui doit être précisée, et non la fonction propre à chacun d'eux, dans la mesure où ce sont les fonctions globales de l'ensemble qu'ils forment qui sont discutées.

La première décision du Conseil d'État intéressant les trois principes de la commande publique pris dans leur ensemble est celle du 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisserie de Pantin*⁵⁴³. Le Conseil d'État y précise que les marchés passés sans formalités préalables « *demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1er du code* »⁵⁴⁴, ce qui justifie l'interdiction d'une absence totale de procédure. Du fait qu'il ne se prononce pas sur une obligation procédurale précise mais sur la soumission générale d'un type de marché à un degré minimum de formalité, le Conseil d'État

⁵⁴⁰ C'est le cas des contrats relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, préc.

⁵⁴¹ Cass. soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*, n° 11-25.282 – Cass. Soc., 20 novembre 2013, *Centre hospitalier universitaire André Benech*, n° 12-22.197 : dans ces décisions, le juge judiciaire ne reconnaît pas le caractère supplétif des principes fondamentaux de la commande publique. V. également F. LINDITCH, « rappel de la jurisprudence de la cour de cassation sur le « CHSCT » », *Contrats et marchés publ.* 2013, alerte 20 – W. ZIMMER, « Règles de passation des marchés de services dits non prioritaires », *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 101 – M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », préc.

⁵⁴² M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », préc., p. 531.

⁵⁴³ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

⁵⁴⁴ *Idem*.

se fonde sur l'ensemble formé par les principes de la commande publique. Le constat est identique dans une décision du 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*⁵⁴⁵, dans laquelle les requérants demandent l'annulation du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics⁵⁴⁶, notamment son article 30 qui prévoit que certains marchés publics de service sont dispensés de publicité préalable et de mise en concurrence. Le Conseil d'État affirme que « *le premier alinéa de l'article 30 ne pouvait, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dispenser de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence* ». La généralité d'une dispense de procédure de passation implique ainsi l'utilisation du « tout » que forment les principes. Enfin, dans une décision *Perez* du 10 février 2010⁵⁴⁷ relative au rehaussement du montant en deçà duquel les marchés publics sont dispensés de toute publicité et de mise en concurrence, le Conseil d'État indique que « *le pouvoir réglementaire a méconnu les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». C'est bien la fonction supplétive commune aux principes qui est discutée en l'espèce.

Dans ces décisions, est soulevée la question du respect des principes de la commande publique en l'absence de dispositions spécifiques obligeant l'autorité adjudicatrice à suivre une procédure de passation. Dès lors, le Conseil d'État étant amené à se prononcer sur la fonction supplétive commune aux principes, la recherche d'une définition propre à chaque principe n'est pas propice.

Dans ce type de contentieux, le Conseil d'État omet parfois d'indiquer la référence aux trois principes de la commande publique, démontrant ainsi qu'il ne cherche pas à préciser la portée de chacun. C'est le cas dans la décision du 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac et*

⁵⁴⁵ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006. p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch.

⁵⁴⁶ Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, *JORF* n°140 du 17 juin 2005 p. 10338.

⁵⁴⁷ CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *Rec.* p. 17 ; *AJDA* 2010. 239 ; *ibid.* 561, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; *D.* 2010. 506 ; *Constitutions* 2010. 410, obs. P. De Baecke ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, repère 3, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *BJCP* 2010, n° 70, p. 189, concl. N. Boulouis ; *RJEP* 2010, comm. 23, concl. N. Boulouis ; *Dr. adm.* 2010, comm. 54, note F. Melleray ; *JCP A.* 2010. 2068, note F. Linditch.

*Communauté d'agglomération d'Annecy*⁵⁴⁸. Il s'agit en l'espèce d'une convention ayant pour objet d'instaurer une entente entre deux personnes publiques dans les conditions définies par les dispositions des articles L. 5221-1 et L. 5221-2 du Code général des collectivités territoriales, pour la gestion du service public de distribution des eaux⁵⁴⁹. Pour justifier l'absence d'une procédure de passation, le Conseil d'État fait référence « *aux règles de la commande publique* », ou « *aux obligations de publicité et de mise en concurrence* », formule très souvent utilisée par le juge administratif⁵⁵⁰. Dans sa décision *Port autonome de Marseille* du 10 juin 2009⁵⁵¹, le Conseil d'État se positionne sur la question, en débat⁵⁵², de la passation des conventions d'occupation du domaine public⁵⁵³. Les juges du Palais Royal, ne faisant pas référence aux principes de la commande publique, indiquent seulement que la passation d'une convention portant simplement occupation du domaine public « *n'est soumise à aucune procédure particulière* ».

Lorsque le juge administratif se prononce sur les fonctions communes des principes de la commande publique, il n'est pas utile qu'il définisse la portée propre à chacun d'eux. En effet, ce sont les fonctions du « tout » qu'ils forment qui doivent être précisées. Il convient par conséquent d'aller rechercher l'existence d'une définition propre des principes dans le

⁵⁴⁸ CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Rec.* p. 18 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 33, note F. Brenet ; *AJDA* 2012, 555, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78, note W. Zimmer ; *AJCT* 2012, 205, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2012, 940, obs. E. Muller ; *BJCP* 2012, n° 82, p. 153, concl. B. Dacosta.

⁵⁴⁹ Art. L5221-1 du Code général des collectivités territoriales : « *deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune* ».

⁵⁵⁰ V. notamment : CE, 23 mars 2011, *Commune de Six-Fours-les Plages*, n° 342520, *Rec.* p. 255 ; *AJDA* 2011, 1515, note J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2011, 467, obs. D. Fausser ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 195, note G. Eckert : il s'agissait en l'espèce d'un contrat entre une commune et une association. Après avoir requalifié le contrat de marché public de service, le Conseil d'État va se fonder sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence pour statuer sur l'affaire, et non sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

⁵⁵¹ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n° 317671, *Rec. T.* p. 840 ; *AJDA* 2009, 1174 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 286, obs. W. Zimmer ; *RJEP* 2010, comm. p. 17, note C. Charmard-Heim.

⁵⁵² Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 – G. BERTON, « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA* 2009, p. 483 – G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in G. Clamour (dir.), *Contrats et propriété publics*, Lexisnexus, coll. « Débats et colloques », 2011, p. 29 – Y. GAUDEMET, « Dans quelle mesure les opérations immobilières des personnes publiques sont-elles soumises au droit de l'Union européenne ? », *JCP A* 2011, p. 2357 – S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Bien public, Bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz 2011, p. 373 – Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation du domaine public », *AJDA* 2009, p. 568.

⁵⁵³ Actuellement, en droit positif, la conclusion de ces contrats n'est soumise à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence.

contentieux relatif à des dispositions plus spécifiques et plus techniques.

II : L'absence d'une définition des fonctions propres à chaque principe dans le contrôle des dispositions spécifiques.

Lorsqu'il est saisi de la régularité d'une procédure de passation, le juge administratif est amené à se prononcer sur des points spécifiques de la réglementation relative au droit de la commande publique. À ce titre, des précisions sur les fonctions propres à chaque principe peuvent être apportées. En effet, dans ce type de contentieux, ce n'est pas la portée générale des principes qui est discutée, mais leur application concrète à un cas particulier. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence démontre que le Conseil d'État ne procède globalement pas, lors du contrôle des dispositions spécifiques, à une définition des fonctions de chaque principe.

Dans la décision *ANPE*⁵⁵⁴ du 30 décembre 2009, le Conseil d'État est amené à se prononcer sur les modalités de publicité relatives aux critères d'attribution de certains marchés publics de service. Alors que leur passation est soumise au respect des principes, le Code ne prévoit aucune obligation spécifique quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure. C'est donc une disposition technique particulière qui est discutée devant le juge. À ce titre, le Conseil d'État considère que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* ». Le Conseil d'État déduit donc du respect des trois principes de la commande publique, pris dans leur ensemble, des contraintes juridiques précises à la charge du pouvoir adjudicateur. Un an plus

⁵⁵⁴ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

tard, dans une affaire similaire à la décision *ANPE*, le Conseil d'État réitère ce fondement général⁵⁵⁵.

Selon Bertrand Dacosta⁵⁵⁶, rapporteur public dans la décision *ANPE*, il était possible de fonder cette décision sur le seul principe de transparence. Cela permettait d'apporter des précisions sur les effets de ce principe à caractère général⁵⁵⁷, d'autant que le Conseil d'État n'a eu jusqu'à présent « *qu'assez peu d'occasions de [se] pencher sur les implications concrètes des principes généraux du droit de la commande publique* »⁵⁵⁸. Ce n'est pas le fondement retenu par le Conseil d'État, qui n'apporte ainsi aucune précision sur la fonction propre d'un des principes de la commande publique.

Les décisions relatives au contentieux des délégations de service public vont dans le même sens. Dans une décision *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*⁵⁵⁹, le Conseil d'État indique que « *pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres (...) que toutefois, (...) elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères ; qu'elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées* ». Le Conseil d'État dégage ainsi des contraintes juridiques précises en se fondant sur le respect des trois principes de la commande publique.

Il arrive que le juge évoque comme fondement un seul des trois principes de la commande publique. Mais dans ces cas, ce sont majoritairement des formules de rejet par lesquelles le juge répond à un moyen invoqué et précisé par les requérants : « *X. n'est pas fondé à soutenir*

⁵⁵⁵ CE, 31 mars 2010, *Collectivités territoriales de Corse*, n°334279 : « *que toutefois si, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres* ».

⁵⁵⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *BJCP* n° 64, p. 201.

⁵⁵⁷ *Idem.* : « *le principe de transparence dans la jurisprudence communautaire a un double objet : permettre l'ouverture du marché, s'assurer du contrôle de l'impartialité des procédures* ».

⁵⁵⁸ *Idem.*

⁵⁵⁹ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugué ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, n° 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

que (...) aurait méconnu le principe de (...) ». Est parfois utilisé un principe qui n'existe pas juridiquement dans les textes⁵⁶⁰ et qui semble être un « mélange » des principes de liberté et d'égalité, comme le principe d'égalité des candidats dans l'accès à la commande publique⁵⁶¹.

Il est par conséquent difficile de définir les fonctions propres à chaque principe dans les décisions du juge administratif. Ce constat peut être nuancé, le Conseil d'État opérant parfois une démarche positive de précision sur l'égalité de traitement des candidats. Les juges du Palais Royal indiquent ainsi que son respect « exige que lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, elle soit tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, ne puisse légalement proroger ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées »⁵⁶². Dans ce considérant, le Conseil d'État exprime clairement une volonté de révéler de manière assez précise une des implications du seul principe d'égalité de traitement, lorsque la personne publique délégante souhaite proroger le délai de remise des offres. Dans le même sens, le Conseil d'État confirme « qu'une personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence »⁵⁶³. Ces précisions restent néanmoins insuffisantes pour dégager une singularité fonctionnelle à chaque principe.

La recherche d'une définition propre à chaque principe dans la jurisprudence du juge administratif n'est donc pas concluante. Lorsqu'il est saisi d'un litige, le juge s'attache à rendre une décision pour trancher un litige, et ne s'attarde pas à définir les principes dans la mesure où ce n'est pas sa priorité ou sa fonction au moment où il est saisi. Ainsi que l'affirme

⁵⁶⁰ Cf. *infra*, Section 2.

⁵⁶¹ CAA Marseille, 31 janvier 2011, *Commune du Grau du Roi*, n° 09MA00395 : il s'agissait, dans une procédure de passation d'un marché public, d'une mauvaise communication du règlement de consultation à l'un des candidats, qui avait reçu le règlement de l'année précédente. Pour justifier l'annulation de la décision de rejet de l'offre, la Cour va utiliser le principe d'égalité des candidats dans l'accès à la commande publique.

⁵⁶² CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de saint martin de Ré et la flotte en ré*, n° 223482, *Rec.* p. 265 ; *BJCP* 2001. 415, concl. Piveteau, note Ph. Terneyre ; *Dr. adm.* 2001, comm. 185, note D. P. ; *AJDA* 2001. 1090, note L. Markus – CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, n° 336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010. 354, concl. B. Dacosta, obs. P.S ; *AJDA* 2010. 1233 ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2010. comm. 293, obs. G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *JCP A* 2010, n° 2272, obs. F. Linditch.

⁵⁶³ CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

Bernard Chenot, cité par Marcel Waline, « *fidèle à son rôle et à sa tradition, le Conseil d'État va au fait. Il ne s'embarrasse pas de théorie. Il ne s'empresse pas de mettre au point son vocabulaire ... la jurisprudence ne s'attache point à la terminologie ; elle s'efforce de résoudre en chaque espèce le seul problème dont la solution ait des effets pratiques* »⁵⁶⁴.

L'analyse du droit positif révèle ainsi qu'il n'existe pas, dans la jurisprudence et les textes internes, de précision sur la substance propre à chaque principe de la commande publique. Ces derniers sont généralement utilisés conjointement pour des litiges portant sur des dispositions à la fois générales et spécifiques. Il convient dès lors de se tourner vers le droit de l'Union européenne, notamment vers la jurisprudence de la Cour de justice, afin de rechercher l'existence d'une fonctionnalité propre des principes de la commande publique. En outre, la recherche d'une définition des fonctions des principes passe également par l'étude du discours doctrinal, lequel est susceptible d'apporter des éclaircissements sur le droit positif.

Paragraphe 2 : L'existence d'une définition confuse des fonctions en droit de l'Union européenne et dans le discours doctrinal.

Le droit interne de la commande publique est régi par le droit de l'Union européenne⁵⁶⁵, et les principes fondamentaux de cette matière découlent directement des principes issus du traité⁵⁶⁶. L'étude du droit de l'Union s'avère donc nécessaire pour la recherche d'une définition propre des principes de la commande publique. Cette analyse dévoile toutefois l'existence d'une confusion sur la portée des principes, qui ne permet pas de dégager la substance spécifique à chacun d'eux (A).

⁵⁶⁴ B. CHENOT, cité in M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 361.

⁵⁶⁵ Cf. *Supra*, Chapitre 1 – J.-F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, imprimerie nationale, essentiel experts, 2004, p. 17 : « le droit des marchés publics est au nombre des domaines du droit national qui sont directement exposés à l'application des libertés fondamentales contenues dans les traités communautaires ».

⁵⁶⁶ Le juge administratif n'hésite pas à rappeler que le droit interne de la commande publique est soumis au droit de l'Union européenne. V. notamment CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *CUB c/ Société Kéolis*, n° 323585, *Rec.* p. 109 : « ces dispositions (L. 1411-1 du CGCT) s'interprètent à la lumière des règles fondamentales du traité instituant la communauté européenne, au nombre desquelles figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité ».

En l'absence de précision sur les fonctions propres des principes dans le droit positif, il convient de se tourner vers les travaux doctrinaux, dont la teneur permet d'apporter des éclaircissements sur le droit de la commande publique. L'analyse du discours doctrinal révèle cependant, à l'instar du droit de l'Union, l'existence d'une confusion sur les fonctions propres des principes de la commande publique **(B)**. Par conséquent, le droit positif comme le discours doctrinal ne permettent pas de procéder à une singularisation des fonctions de chaque principes au sein de l'ensemble qu'ils forment.

A : Une confusion des fonctions des principes en droit de l'Union européenne.

L'Union européenne reconnaît un plus grand nombre de principes applicables aux contrats publics d'affaires, dont la dénomination est parfois différente de celle utilisée en droit interne. Certains de ces principes sont toutefois similaires à ceux du droit interne, comme la transparence ou l'égalité de traitement. Il convient d'aller rechercher si ces principes du droit de l'Union disposent d'une définition propre de leur fonction. En pareil cas, il serait possible d'envisager une transposition de cette définition aux principes de la commande publique de droit interne. En d'autres termes, l'objectif est de transposer, si elle existe, une définition propre à chaque principe du droit de l'Union, en intégrant notamment la liberté d'accès à la commande publique qui n'a pas d'équivalent en droit de l'Union européenne.

L'étude portera essentiellement sur les décisions de la Cour de justice, les directives ne contenant pas de définition propre à chaque principe de la commande publique⁵⁶⁷. L'analyse dévoile que, malgré une tentative de précision **(I)**, il existe une confusion des fonctions des principes de la commande publique dans la jurisprudence de la Cour **(II)**. En l'absence d'une

⁵⁶⁷ Les dispositions du Traité ne seront également pas analysées dans les développements qui suivent. Les principes issus du traité disposent d'un caractère très général et ne sont pas spécifiques aux contrats publics. C'est d'ailleurs ce qui justifie le démembrement des grandes libertés économiques en des principes plus spécifiques du droit des contrats dans les directives. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à leur analyse dans la mesure où l'absence d'une définition propre des principes de la commande publique est évidente – L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2009, p. 7 : « l'ouverture des marchés de fournitures n'est qu'un aspect de la liberté de circulation des marchandises, l'ouverture des marchés de services et de fournitures un aspect de la liberté de prestation de services et de la liberté d'établissement ». V. TRSTENJAK, concl. sur CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-503/04, *Rec.* p. 6153 : « les directives sur les marchés publics – et partant la réglementation des marchés publics – avaient pour finalité la mise en application effective des libertés fondamentales ».

singularité fonctionnelle, il n'y a pas lieu de transposer la conception européenne des principes en droit interne.

I : Le constat *a priori* de l'existence d'une définition des fonctions propres des principes.

En droit de l'Union européenne, les acteurs de l'achat public doivent respecter les principes du Traité, « *notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* »⁵⁶⁸. La directive rappelle ainsi que la règle fondamentale est le traité et les principes qu'il contient ; de ce corps normatif découle différents principes généraux⁵⁶⁹. À l'instar du droit interne, les textes du droit de l'Union européenne ne donnent pas de définition précise des principes spécifiques à la passation des contrats publics. Il convient donc d'aller rechercher l'existence d'une telle définition dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et dans la doctrine. Les tentatives de définition portent essentiellement sur des principes propres au droit de l'Union dont la fonctionnalité ne semble pas transposable en droit interne (**a**), ainsi que sur l'égalité de traitement (**b**) et la transparence (**c**). Pour ces deux derniers principes, il s'agira de montrer en quoi il est possible d'affirmer qu'*a priori*, il existe une définition des fonctions propres à chacun d'eux en droit de l'Union européenne.

a : Des précisions sur les fonctions propres de principes non transposables en droit interne.

Les textes des directives applicables au droit interne de la commande publique mentionnent le respect des principes de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité⁵⁷⁰. Il convient d'aller rechercher la définition de ces deux principes afin d'envisager une éventuelle transposition de leur définition aux principes français du droit de la commande publique.

⁵⁶⁸ Pt. 2 de la Directive 2014/24/UE, préc. La directive 2014/25 du même jour portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux reprend uniquement les 5 grands principes qui découlent des grandes libertés issues du Traité : égalité de traitement, non discrimination, reconnaissance mutuelle, proportionnalité et transparence – Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* p. L94/1.

⁵⁶⁹ A. BREVILLE, « La prise en compte de la jurisprudence de la CJCE », *Contrats publics* n° 33, mai 2004, p. 66.

⁵⁷⁰ Pt. 2 de la Directive 2014/24/UE, préc.

La reconnaissance mutuelle signifie que les États membres doivent reconnaître comme équivalents les techniques, normes, contrôles, prescriptions de toutes sortes exigées par les autres États membres⁵⁷¹. Selon ce principe, « *un État membre est tenu d'accepter les produits et les services fournis par des opérateurs économiques d'autres pays de la Communauté dans la mesure où ces produits et services répondent de manière équivalente aux objectifs légitimes poursuivis par l'État membre destinataire* »⁵⁷². Appliqué au droit des contrats de la commande publique, ce principe implique notamment que « *l'État membre où la prestation est fournie est tenu d'accepter les spécifications techniques, les contrôles, ainsi que les titres, certificats et qualifications exigés dans un autre État membre dans la mesure où ils sont reconnus équivalents à ceux requis par l'État membre destinataire de la prestation* »⁵⁷³. Dès lors, l'autorité adjudicatrice ne peut exiger des candidats l'utilisation d'un produit ou d'un service, d'un certificat ou d'une qualification qui n'auraient pas d'équivalent dans les autres États de l'Union européenne. Si l'utilisation d'un produit de marque déterminée est requise, la mention « ou équivalent » doit être ajoutée⁵⁷⁴. Ce principe implique une obligation positive à la charge des États qui doivent accepter l'ensemble de ces prescriptions dans la mesure où elles sont reconnues équivalentes à celles requises dans d'autres États membres. Ainsi, il est acquis que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le principe de reconnaissance mutuelle constitue un point de départ essentiel au respect de certains principes de procédure dans le droit des contrats de la commande publique⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ V. CJCE, 20 février 1979, Affaire dite « *Cassis de Dijon* », aff. C-120/78, *Rec.* p. 649, concl. F. Capotorti – J. BOULOUIS, R.-M. CHEVALLIER, D. FASQUELLE, M. BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Dalloz, 5^{ème} éd., tome 2, p. 38 – CJCE, 25 juillet 1991, *Dennemeyer*, aff. C-76/90, *Rec.* p. I-04221 – CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, aff. C-279/80, *Rec.* p. 03305 : un pouvoir adjudicateur, au nom de ce principe, doit accepter les produits et services fournis par les opérateurs économiques d'autres États membres, dans la mesure où ils répondent d'une manière équivalente aux objectifs légitimes poursuivis par celui-ci.

⁵⁷² Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02, *JOCE* n° C 121 du 29 avril 2000, pt. 3.1.4.

⁵⁷³ *Idem.*

⁵⁷⁴ CJCE, 17 décembre 1981, *Produits biologiques*, aff. C-272/80, *Rec.* p. 3277 – CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c/ Irlande*, aff. C-45/87, *Rec.* p. 4929 – CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, aff. C-59/00, *Rec.* p. I-9505, pt. 20 ; *Dr. adm.* 2002, comm. 83 ; *RD Union européenne*, 2002, p. 157, note R. Klages ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 166, Ph. Delelis.

⁵⁷⁵ C. STIX-HACKL, concl. sur CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7287, pts. 42-56 : « *la jurisprudence de la Cour sur la reconnaissance mutuelle constitue un point de départ essentiel en vue de la réponse à la question de savoir si les libertés fondamentales comportent oui ou non des obligations positives, et quel en est le contenu. (...) Ces règles sont transposables au droit des marchés publics, dans la mesure où il s'agit ici également de respecter certains principes de procédure. On peut ainsi conclure de la jurisprudence existant en matière de reconnaissance mutuelle que les libertés fondamentales imposent aussi effectivement aux États membres certaines obligations d'ordre procédural* ».

Dans les directives, ce principe apparaît aux articles relatifs à la vérification de la capacité des candidats, qui s'opère au moyen de critères définis par l'autorité adjudicatrice⁵⁷⁶. Les textes ne donnent pas expressément « *une liste de critères sur la base desquels doit être opérée la sélection des candidatures* » mais s'intéressent « *aux justifications qui peuvent être demandées aux candidats relativement à leurs capacités économiques, financières, techniques, professionnelle*. On en déduit que les critères de sélection des candidats ne peuvent être tirés que desdites capacités »⁵⁷⁷. Ainsi, c'est dans le cadre des critères de sélection qualitative que le principe de reconnaissance mutuelle doit être particulièrement pris en considération⁵⁷⁸.

La définition des fonctions du principe de reconnaissance mutuelle n'est pas transposable telle quelle à l'un des trois principes français. Il ne dispose pas d'équivalent en droit interne, et sert davantage le mode de fonctionnement interétatique du droit de l'Union européenne que le droit de la commande publique. Appliqué spécifiquement à cette matière, il n'est qu'une expression particulière du principe de non discrimination en raison de la nationalité. Ses implications concrètes sont trop spécifiques pour constituer la fonction propre d'un des principes de droit interne.

La proportionnalité est un principe dont l'application dépasse le droit de la commande publique. L'article 5-4 du traité sur l'Union européenne dispose à ce titre qu'« *en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* »⁵⁷⁹. Ce principe n'est pas spécifique au droit des contrats, puisqu'il est reconnu par une jurisprudence constante « *comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire* »⁵⁸⁰. Ce principe exige que « *toute mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au regard du but recherché* »⁵⁸¹. En outre, la Cour indique qu'« *afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier, en premier lieu, si les moyens qu'elle met en œuvre pour réaliser l'objectif qu'elle vise s'accordent avec l'importance de celui-ci et, en*

⁵⁷⁶ Art. 58 et s. de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 36 de la Directive 2014/23/UE préc.

⁵⁷⁷ L. RICHER, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁷⁸ C. STIX-HACKL, concl. sur CJUE, 21 juillet 2005, *Coname*, préc., pts. 84 et 86.

⁵⁷⁹ Art. 5-4 du TUE.

⁵⁸⁰ CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder c/ Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, *Rec.* p. 2237.

⁵⁸¹ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire préc., pt. 3.1.3.

*second lieu, s'ils sont nécessaires pour l'atteindre »*⁵⁸². Aux termes d'une définition plus récente, ce principe « exige que les moyens mis en œuvre par une disposition du droit communautaire soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation concernée et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre »⁵⁸³. Appliquée au droit des contrats de la commande publique, la proportionnalité implique, tout en laissant à l'autorité adjudicatrice la faculté de définir l'objectif à atteindre dans le cadre du futur contrat, que toute mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au regard de l'objectif fixé⁵⁸⁴. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne saurait exiger, lors de la sélection des candidats, des capacités techniques, professionnelles ou financières disproportionnées et excessives par rapport à l'objet du contrat⁵⁸⁵. Ce principe est également mis en œuvre dans le contrôle des mesures d'exclusion des procédures de passation. De telles restrictions sont justifiées dans la mesure où elles poursuivent un objectif légitime d'intérêt général⁵⁸⁶ et pour autant qu'elles respectent le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elles sont propres à garantir la réalisation de cet objectif et qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁵⁸⁷. De manière générale, l'autorité adjudicatrice doit prendre des mesures à la fois nécessaires et appropriées aux buts recherchés dans le cadre des procédures de passation.

L'application concrète de ce principe est malaisée, car il est délicat d'anticiper les résultats de son emploi⁵⁸⁸. Il est possible de trouver un écho de ce principe en droit français, à travers certaines applications des principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique. C'est le cas par exemple lorsque le juge administratif contrôle que les exigences posées par le pouvoir adjudicateur soient objectivement rendues nécessaires par l'objet du contrat et la nature des prestations à réaliser⁵⁸⁹. Mais la définition européenne de la fonction du principe de proportionnalité ne peut être transposée spécifiquement à l'un des

⁵⁸² CJCE, 23 février 1983, *Fromançais c/ Forma*, aff. C-66/82, *Rec.* p. 395.

⁵⁸³ CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd e.a.*, aff. C-58/08, *Rec.* p. I-04999.

⁵⁸⁴ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire préc., pt. 3.1.3.

⁵⁸⁵ *Idem.*

⁵⁸⁶ Sur la notion d'intérêt général, v. notamment : D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, Bordeaux I, 1975 – D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, thèse, LGDJ, 1977 – G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004 – G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, thèses, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006 – V. COQ, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015 – *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015

⁵⁸⁷ CJUE, 23 décembre 2009, *Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Srl contre Comune di Milano*, aff. C-376/08, *Rec.* p. I-12169, pt. 44 ; *RSC* 2010. 244, obs. L. Idot.

⁵⁸⁸ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : analyse critique d'un système*, Thèse, Ed. Larcier, 2006, p. 383.

⁵⁸⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *Montchrestien*, 3^{ème} éd., 2013, p. 530.

trois principes de la commande publique de droit interne. La proportionnalité ne dispose pas d'un principe équivalent en droit français, et ses implications en droit de l'Union sont trop précises pour constituer la fonctionnalité propre de la liberté d'accès, de l'égalité de traitement ou de la transparence.

Les principes de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité disposent ainsi d'une définition de leur fonction propre en droit de l'Union européenne. Ils n'ont cependant pas d'équivalent en droit français, et tant leur champ d'application que leurs modalités de mise en œuvre empêchent une transposition de ces définitions à l'un des principes de la commande publique de droit interne. Il convient donc de rechercher l'existence d'une définition propre des deux autres principes indiqués dans les directives, l'égalité de traitement et la transparence.

b : Des précisions sur les fonctions propres du principe d'égalité de traitement.

Le principe d'égalité de traitement est érigé au rang des principes fondamentaux⁵⁹⁰ et constitue un principe structurel du droit de l'Union européenne⁵⁹¹. Applicable à un domaine plus large que celui des contrats publics, ce principe est conçu comme un instrument de création du marché commun et comme la garantie d'une concurrence saine et effective, « *conférant ainsi au substrat de ce principe une dimension économique* »⁵⁹². S'agissant du droit des contrats publics, la Cour estime que « *le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires correspond à l'essence de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* »⁵⁹³. Dès lors, il contribue à assurer, plus spécifiquement dans ce domaine, le développement d'une concurrence effective dans l'attribution et l'exécution des contrats publics⁵⁹⁴, en prohibant toute forme de discriminations ostensibles comme dissimulées⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ CJCE, 8 octobre 1980, *Peter Überschar c/ Budensversicherungsanstalt für Angestellte*, aff. 810/79, *Rec.* p. 2747.

⁵⁹¹ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3.

⁵⁹² A. ILIOPOULOU, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Droit administratif européen*, dir. J.-B. AUBY, Bruylant, 2007, p. 437.

⁵⁹³ CJCE, 22 juin 1993, *Commission/Danemark* (aff. dite *Storebaelt*), aff. C-243/89, *Rec.* p. 1-3353, pt. 33.

⁵⁹⁴ CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1223, pt. 52 : « *un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le Traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée* ». – CC, décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, *Rec.* p. 82 ; D. 2002. 1949, obs. D. Ribes : le principe d'égalité « *implique la libre concurrence* » – R.-J. COLOMER, concl. sur CJCE, 27 novembre 2001,

L'égalité de traitement signifie donc que tous les candidats doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, indépendamment de leur nationalité⁵⁹⁶.

Le principe d'égalité de traitement a vocation à s'appliquer à toutes les phases de la procédure de passation, ainsi qu'à la phase d'exécution des contrats publics⁵⁹⁷, et ce dès l'enclenchement de la procédure. Ce principe restreint par exemple la possibilité pour les législations nationales d'imposer des limitations d'accès aux procédures de passation⁵⁹⁸, ou interdit l'exclusion automatique fondée sur des présomptions irréfragables⁵⁹⁹. Pendant le déroulement de la procédure, il implique l'obligation, pour les personnes publiques, de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure⁶⁰⁰. Au-delà de ses implications textuelles, le principe d'égalité de traitement permet au juge de l'Union européenne de combler les lacunes du droit originaire et dérivé⁶⁰¹.

Dès lors, le principe d'égalité de traitement dispose *a priori* d'une définition précise de ses fonctions propres. Il pourrait donc être envisageable d'importer cette définition au principe d'égalité de droit interne. Le constat est similaire concernant le principe de transparence.

Lombardini SpA et Impresa Ing. Mantovani SpA, aff. C-285/99 et C-286/99, pt. 25 – J.-P. COLIN, M. SINKONDO, « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit communautaire, *Rev. Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 49 – P. CASSIA, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *RTDE* 2002, p. 413.

⁵⁹⁵ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152-73, *Rec.* p. 153 : les discriminations dissimulées, ou indirectes, sont celles qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat. – CJCE, 29 octobre 1980, *Boussac Saint-Frères SA c/ Brigitte Gerstenmeier*, aff. 22/80, *Rec.* p. 3427 – CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c/ République Italienne*, aff. C-3/88, *Rec.* 4035, pt. 8 : « le principe d'égalité de traitement, dont les articles 52 et 59 du traité sont une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ».

⁵⁹⁶ CJCE, 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, (affaire des « Bus Wallons »), aff. C-87/94, *Rec.* p. I-2043, pt. 54 ; *RDI* 1996, p. 368, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

⁵⁹⁷ V. notamment CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-454/06, *Rec.* p. I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer.

⁵⁹⁸ CJUE, ord., 4 octobre 2012, *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi c/ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, aff. C-502/11, pt. 37.

⁵⁹⁹ CJUE, 23 décembre 2009, *Serranton Sarl Consorzio Stabile édili SCRL c/ Cne de Mila*, aff. C-376/08, préc.

⁶⁰⁰ CJCE, 4 décembre 2003, *EVN AG Wienstrom GmbH*, aff. C-448/01, *Rec.* p. I-14527 ; *AJDA* 2004. 334, note T. Gliozzo.

⁶⁰¹ A. ILIOPOULOU, art. préc.

c : Des précisions sur les fonctions propres du principe de transparence.

À l'instar du principe d'égalité de traitement, la transparence dispose d'un champ d'application relativement large en droit de l'Union européenne⁶⁰². Dans le droit des contrats publics, ce principe « *garantit en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché en cause à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »⁶⁰³. Dès lors, la transparence est mobilisée tant en début de procédure par le biais d'une publicité permettant une ouverture du marché à la concurrence, qu'en fin de procédure et au contentieux pour le contrôle de l'impartialité du processus d'achat. Ainsi, elle participe à l'objectif de réalisation du marché intérieur en empêchant les acheteurs qui seraient tentés de favoriser les entreprises nationales au détriment d'entreprises d'autres États membres de choisir leur cocontractant en fonction de considérations autres qu'économiques⁶⁰⁴.

En début de procédure, la transparence implique que « *toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière, et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause* »⁶⁰⁵. Est évoquée ici l'idée de transparence-concurrence⁶⁰⁶. Efthymia Lekkou, dans sa thèse consacrée à *La transparence et*

⁶⁰² V. notamment le Règlement 2001/1049/CE du parlement européen et du conseil du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du conseil et de la commission, *JOUE* p. L145/43, cons. 2 : « *la transparence permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique. La transparence contribue à renforcer les principes de la démocratie et le respect des droits fondamentaux* ». V. également, CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Suède et Turco c/ Conseil*, aff. C-39/05, *Rec. p.* I-4723, pt. 46 : « *la transparence à cet égard contribue à renforcer la démocratie en permettant aux citoyens de contrôler l'ensemble des informations qui ont constitué le fondement d'un acte législatif. En effet, la possibilité, pour les citoyens, de connaître les fondements des actions législatives est une condition de l'exercice effectif, par ces derniers, de leurs droits démocratiques* ».

⁶⁰³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec. p.* I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin.

⁶⁰⁴ F. LICHÈRE, « l'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in *Droit administratif européen*, dir. J.-B. AUBY, Bruylant, 2007, p. 950.

⁶⁰⁵ CJCE, 29 avril 2004, *CAS Succhi di frutta*, aff. C-496/99, *Rec. p.* I-3801, pt. 111.

⁶⁰⁶ R. CARANTA, « Transparence et concurrence », in *Droit comparé des contrats publics*, dir. R. NOGUELLOU, Bruylant 2010, p. 150.

*la commande publique*⁶⁰⁷, démontre que cette dernière est également au service d'une finalité médiate, celle de protection des structures du marché de la commande publique une fois que ce dernier est instauré à la suite de la procédure de passation⁶⁰⁸. Le principe de transparence dispose ainsi d'une fonction qui s'échelonne dans le temps.

Les principes spécifiques au droit de la commande publique de l'Union européenne disposent donc *a priori* d'une définition précise de leur fonction. La question se pose de savoir s'il est possible de préciser les contours de ces fonctions propres afin de les transposer aux principes de droit interne.

II : Le constat *a posteriori* d'une confusion des fonctions des principes.

Une analyse plus approfondie du droit de l'Union européenne démontre qu'il existe en réalité une véritable confusion des fonctions des principes de la commande publique. Les fonctions des principes d'égalité de traitement et de transparence revêtant un champ d'application très large, ils se recoupent dans leur mise en œuvre. Dès lors, il est difficile de dégager une fonction propre à chacun. Elise Langelier, dans sa thèse consacrée à *L'office du juge administratif et le contrat administratif*⁶⁰⁹, souligne l'existence d'une telle confusion entre les fonctions des principes. En ce sens, les intitulés des titres de la thèse sont significatifs : « *Des principes cardinaux, des contours flous* », « *De la certitude sur les principes aux incertitudes entre les principes* », « *Des principes aux rapports complexes* »⁶¹⁰. Il est vrai qu'il existe une confusion sur les rapports entre les principes du droit de l'Union européenne.

Un premier éclaircissement notionnel doit être apporté sur la distinction entre l'égalité de traitement et la non-discrimination en raison de la nationalité. Ces deux principes figurent dans les textes des directives⁶¹¹ et dans la jurisprudence de la Cour, et sont applicables au

⁶⁰⁷ E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 379 et s.

⁶⁰⁹ E. LANGEЛИER, *op. cit.*

⁶¹⁰ *Idem.*

⁶¹¹ Art. 18 de la Directive 2014/24/UE préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée* ». Art. 3 de la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de

droit des contrats dans l'Union européenne. Par leur dénomination, ces concepts semblent très proches, et sont généralement perçus comme les « *facettes indissociables d'un seul et même principe* »⁶¹². Dès lors, il est possible de s'interroger sur le rapport entre ces principes en droit de l'Union.

Le principe d'égalité de traitement semble disposer d'un champ d'application plus large que celui de non-discrimination. D'une part, ce dernier est souvent présenté comme une expression particulière du principe d'égalité de traitement ; d'autre part, il peut exister une inégalité sans qu'il existe une discrimination⁶¹³. Par conséquent, ces principes doivent faire l'objet d'une distinction. C'est l'approche que retient Elise Langelier dans sa thèse, qui affirme que « *égalité de traitement et non-discrimination doivent être distinguées. Non seulement par leur origine, mais encore par le sens qu'elles reçoivent* »⁶¹⁴. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne emploie indifféremment les termes « égalité » et « non-discrimination »⁶¹⁵. L'étroitesse du lien entre les deux concepts explique que la Cour puisse déduire de façon indifférenciée⁶¹⁶ une obligation de transparence du principe de non-discrimination selon la nationalité⁶¹⁷ comme du principe d'égalité de traitement⁶¹⁸. Par conséquent, l'utilisation de ces deux principes, dont les implications sont proches voir similaires, établit une confusion dans leurs rapports qui demeurent complexes.

L'articulation entre la transparence et les autres principes du droit de l'Union démontrent également l'existence d'une complexité de leurs rapports. Bien que la transparence possède désormais un statut propre dans la mesure où elle n'est plus considérée seulement comme une

concession : « *les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée* ». Art. 36 de la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux : « *les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée* ».

⁶¹² F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Commentaire de l'article II-80, Egalité en droit, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II La charte des droits fondamentaux de l'Union, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 283.

⁶¹³ CJUE, 15 octobre 2009, *Acoseit SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres (ACOSEIT)*, aff. C-196/08, *Rec. p. I-09913*, pt. 48 : « *outre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve également à s'appliquer aux concessions de services publics, et ce même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité* ».

⁶¹⁴ E. LANGELIER, *op. cit.*, p. 386.

⁶¹⁵ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire*, thèse, PUAM, 1999, p. 19 – N. de GROVE VALDEYRON, « Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de justice des Communautés européennes », *Marchés publics*, n° 2/95-96, p. 25-30.

⁶¹⁶ P. CASSIA, art. préc., p. 417 : l'auteur parle, en évoquant ces deux principes, de synonyme.

⁶¹⁷ CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia* et 3-S, aff. C-275/98, *Rec. p. I-8291*, pt. 31.

⁶¹⁸ CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd*, aff. C-19/00, *Rec. p. I-7725*, pt. 41.

simple obligation⁶¹⁹, elle découlait à l'origine des principes de non discrimination et d'égalité de traitement⁶²⁰. Le rapport originel entre ces principes était par conséquent de nature hiérarchique. Malgré la reconnaissance de la transparence comme un véritable principe général, la Cour de justice reste ambiguë sur son statut, en continuant dans certaines décisions à faire découler des principes d'égalité de traitement des candidats et de non discrimination en raison de la nationalité une obligation de transparence⁶²¹. Ainsi, la transparence est considérée parfois comme un accessoire des principes d'égalité de traitement et de non discrimination, car « *dans la logique qui inspire la jurisprudence constante en la matière, le principe de transparence a une fonction accessoire par rapport aux principes d'égalité de traitement et de non discrimination. (...). L'obligation de transparence est accessoire en ce sens que son respect permet de s'assurer que les deux autres obligations « principales » ont été respectées* »⁶²². Il existe donc une ambiguïté sur le statut de la transparence.

Par conséquent, la transparence, qui s'applique aussi bien en début qu'en fin de procédure, dispose d'un champ d'application similaire à celui des principes d'égalité de traitement et de non discrimination, dont elle découle. Comme l'affirme Julianne Kokott, « *la non discrimination va de pair avec la transparence, car ce n'est en effet que si l'attribution d'un marché ou d'une concession est effectuée de manière transparente qu'il peut être établi que le principe de non discrimination a été respecté ou au contraire, qu'une décision arbitraire a*

⁶¹⁹ CJCE, 13 septembre 2007, *Commission / Italie*, aff. C-260/04, Rec. p. I-7083, pt. 25 : « *en l'espèce, il y a lieu de constater que l'absence totale de mise en concurrence aux fins de l'octroi des concessions pour la gestion des paris hippiques n'est pas conforme aux articles 43 CE et 49 CE et, en particulier, viole le principe général de transparence ainsi que l'obligation de garantir un degré de publicité adéquat* ».

⁶²⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc. pt. 61 : « *en effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S (C-275/98, Rec p. I-8291, point 31), ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe [principe de non-discrimination en raison de la nationalité] est respecté* ».

⁶²¹ CJCE, 15 octobre 2009, *ACOSET*, préc. : « *les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ». CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc. : « *pour la poursuite de ce double objectif, le droit communautaire applique notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle* ».

⁶²² P. MENGOZZI, concl. sur CJUE, *Commission européenne c/ Irlande*, aff. C-226/09, présentées le 29 juin 2010.

*été prise en faveur ou à l'encontre d'un soumissionnaire donné »*⁶²³. Le rapport entre ces trois principes est ainsi confus.

Cette confusion des rapports entre les principes s'explique par la portée très large que la Cour de justice leur reconnaît. Le principe d'égalité de traitement au sens du droit de l'Union européenne contribue en effet au même objectif que l'ensemble formé par les trois principes de droit interne, celui de la mise en place d'une concurrence saine et effective. Le constat est identique pour la transparence, puisque cette dernière *« peut servir plusieurs intérêts distincts mais bien liés les uns aux autres, comme le souci d'impartialité devant la commande publique, le respect du principe d'égalité entre les soumissionnaires et la rationalité de la dépense publique. (...) Ainsi, concernant les contrats publics, la transparence peut se décliner soit comme une obligation d'information et donc de publicité, soit comme un droit d'accès aux documents et même aux informations »*⁶²⁴. Dès lors, du fait de cette portée trop large, il existe un véritable enchevêtrement des implications concrètes des principes applicables aux contrats en droit de l'Union européenne. En effet, *« les frontières entre les champs, les fonctions et les rapports d'autorité liant les uns aux autres ne sont pas claires. Tantôt l'égalité ou la liberté sont conçues comme au fondement de la concurrence, la transparence et la publicité. (...) Tantôt la concurrence est perçue comme permettant la réalisation de l'objectif de transparence. Tantôt égalité et transparence sont présentées sur le même pied ; la concurrence n'en est alors qu'une modalité de mise en œuvre »*⁶²⁵. Leurs fonctions semblent ainsi se rejoindre.

Par conséquent, déterminer la fonction propre à chaque principe du droit de l'Union européenne est une entreprise difficile. Leur portée étendue comme leur rapport complexe empêchent une délimitation précise de leur implication concrète, dans la mesure où leurs fonctions respectives se rejoignent. Dès lors, il n'est pas opportun de chercher à définir leurs fonctions propres afin de les transposer aux principes de la commande publique de droit interne. Il existe donc une similitude entre le droit interne et le droit de l'Union européenne : les principes de la commande publique poursuivent des objectifs communs, rendant ainsi difficile la délimitation de leur fonction propre.

⁶²³ J. KOKOTT, concl. sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *BJCP* n°43, p. 456.

⁶²⁴ R. CARANTA, art. préc., p. 149.

⁶²⁵ E. LANGELIER, *op. cit.*, p. 383.

La recherche d'une fonction propre aux principes dans le droit positif n'étant pas probante, il convient de se tourner vers la doctrine qui, sur la base du droit positif, peut éventuellement indiquer l'existence d'une fonction propre à chaque principe.

B : Une confusion des fonctions des principes dans le discours doctrinal.

Les outils du droit positif ne définissant pas les fonctions de chaque principe, il convient d'analyser le discours doctrinal afin d'y rechercher des précisions sur la substance propre à chacun. La dénomination contemporaine des trois principes de la commande publique datant du décret portant Code des marchés publics de 2001⁶²⁶, les analyses porteront essentiellement sur les écrits doctrinaux postérieurs à cette date.

L'étude de la doctrine dévoile que les principes ne font très souvent l'objet d'aucune définition spécifique dans le discours doctrinal (I). Lorsque des ébauches de définition des fonctions respectives à chacun d'eux existent, ces tentatives restent insuffisantes en raison d'une confusion sur la substance des principes (II). Le constat est en effet que « *chacun des auteurs y est allé de sa propre analyse qui l'a amené à élaborer sa propre classification. (...) Si l'on compare ces différents travaux, on constate que le caractère évolutif des classifications est à la fois temporel et géographique. L'absence de distinction entre, notamment, les principes et les buts fait quant à elle figure de constante* »⁶²⁷. En conséquence, il n'y a pas de consensus sur la substance et la dénomination même des principes. Cette « confusion doctrinale » empêche ainsi de dévoiler les fonctions propres que remplit chaque principe dans l'ensemble homogène qu'ils forment.

⁶²⁶ Art. 1^{er} du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc. : « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

⁶²⁷ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, pp. 182 et 184.

I : Des tentatives manquantes de définition des fonctions propres.

L'analyse du discours doctrinal révèle l'absence d'une tentative de définition des fonctions propres à chaque principe, qui démontre l'existence d'une difficulté certaine dans la recherche de leurs implications concrètes. D'abord, dans certains ouvrages de droit des contrats administratifs⁶²⁸, les auteurs ne listent pas chaque principe en tentant d'en donner une définition, mais reprennent des définitions éparses comme celle donnée par la Cour de justice de l'Union européenne sur le principe de transparence⁶²⁹. Ensuite, certains auteurs indiquent seulement les fonctions générales des trois principes pris dans leur ensemble, sans préciser les fonctions propres à chacun d'eux⁶³⁰ et en axant davantage sur les règles procédurales et les obligations de publicité et de mise en concurrence⁶³¹. Enfin, il arrive parfois qu'un seul des principes soit analysé à travers le prisme des deux autres⁶³².

D'autres auteurs définissent avec soin les différents principes à caractère général dont découlent les principes de la commande publique, sans entrer dans une définition précise des fonctions des principes applicables spécifiquement aux contrats de la commande publique⁶³³. Par exemple, Laurent Battoue, dans sa thèse, évoque l'existence d'un « *principe de libre et égal accès aux contrats publics* »⁶³⁴, qui semble être une combinaison entre le principe de liberté d'accès à la commande publique et le principe d'égalité de traitement des candidats, sans apporter une définition singulière à chacun d'eux.

Les trois principes de la commande publique sont souvent rejoints, pour les auteurs, par d'autres principes qui ne font pas partie du « *triolet classique* »⁶³⁵. Par exemple, Alain

⁶²⁸ Voir par exemple L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014.

⁶²⁹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

⁶³⁰ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Le Mon., 4^{ème} éd., 2012, p. 231.

⁶³¹ F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009.

⁶³² Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2013, p. 73 : l'auteur développe ses propos uniquement sur la portée et les limites de la transparence, qu'il déduit des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats : « *les développements suivants s'attachent à la portée et aux limites de la transparence, déduite des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats* ».

⁶³³ Voir par exemple P. SCHULTZ, *Eléments du droit des marchés publics*, LGDJ 2002, p. 67 et s.

⁶³⁴ L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 321.

⁶³⁵ Le triptyque classique est celui adopté et entériné par l'art. 1^{er} du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc. : « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

Jossaud indique que « *c'est à l'issue d'une procédure garantissant la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures (principes « utilitaires ») que la bonne utilisation des deniers publics et, à terme, l'efficacité économique et sociale de la commande (principes « fondateurs ») seront garantis* »⁶³⁶. Selon l'auteur, il existe des principes fondateurs, la bonne utilisation des deniers publics et l'efficacité de la commande publique, qui sont garantis par des principes utilitaires, la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures. Cette analyse confirme la fonctionnalité commune de l'ensemble formé par les trois principes de la commande publique, et révèle également l'existence d'une confusion quant à la détermination même des principes.

L'absence d'une tentative de définition dans le discours doctrinal est certainement due à la difficulté actuelle de délimiter précisément les fonctions propres à chaque principe. Stéphane Braconnier semble le penser lorsqu'il souligne le caractère récent de la naissance du corpus constitutionnel contemporain relatif à la commande publique, qui explique son manque de lisibilité⁶³⁷. Il n'y a donc aucune singularité des fonctions des principes qui se dégage à la lecture de la plupart des ouvrages sur le droit de la commande publique. Lorsqu'une définition des fonctions propres est entreprise, le constat est celui d'une confusion manifeste de ces fonctions.

II : Des tentatives confuses de définition des fonctions propres.

L'analyse du discours doctrinal révèle qu'il existe des tentatives de définition des fonctions propres à chaque principe de la commande publique. Toutefois, ces tentatives ne permettent pas de dégager clairement la substance de chaque principe, dans la mesure où les recherches portent parfois sur des principes n'entrant pas dans la typologie classique de « *liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement ou de transparence des procédures* » consacrée par le Code des marchés publics de 2001. En d'autres termes, ces recherches se fondent sur des principes qui ne représentent pas toujours la réalité du droit positif (a). Lorsque l'analyse porte effectivement sur les trois principes retenus par le droit

⁶³⁶ A. JOSSAUD, « Pour un droit public des marchés », *AJDA* 2002, p. 1481.

⁶³⁷ S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 231.

positif, elle reste insuffisante car elle atteste de l'existence d'une véritable confusion de leurs fonctions (b).

a : Une confusion sur la typologie classique des principes.

Malgré la consécration du triptyque par le Code des marchés publics de 2001⁶³⁸, confirmée ensuite par les autres textes de droit positif⁶³⁹, certains auteurs de doctrine utilisent, lorsqu'ils évoquent les principes de la commande publique, des termes et concepts différents.

Pour Michel Guibal, les trois principes identifiés depuis fort longtemps sont « *la protection des deniers publics utilisés pour payer le prix des prestations, la liberté d'accès à la commande publique des candidats et concurrents, l'égalité de traitement des candidats et concurrents* »⁶⁴⁰. N'y figure ainsi pas la transparence. Pour l'auteur, chacun de ces principes dispose d'une fonction bien définie⁶⁴¹, mais cette analyse ne peut être reprise, le principe de protection des deniers publics ayant été « remplacé » par celui de transparence.

Catherine Ribot évoque l'existence d'un principe de mise en concurrence, qui se réalise grâce au respect des principes suivants : le principe de liberté d'accès à la commande publique, qui implique que toute personne puisse « *se porter candidate à l'attribution d'un marché public si elle remplit les conditions préalablement fixées par l'administration pour exécuter un marché* », et le principe d'égale concurrence⁶⁴². Ce dernier se subdivise d'une part, en un principe d'égalité de traitement, d'autre part, en un principe d'égalité d'accès à la commande publique. Dans cette présentation des principes, la transparence ne figure pas en tant que principe autonome, et l'égalité de traitement n'est qu'une subdivision d'un principe d'égale concurrence. Jean-François Sestier qualifie de principes de la commande publique « *la*

⁶³⁸ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics, préc.

⁶³⁹ Cf. *Supra*, Chapitre 1.

⁶⁴⁰ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

⁶⁴¹ *Idem* : « le principe de protection des deniers publics a pour fonction naturelle de garantir la meilleure utilisation possible des sommes que les personnes publiques doivent dépenser pour satisfaire les besoins des services publics dont elles ont la charge. Le principe de liberté d'accès des entreprises aux commandes publiques a pour fonction d'appliquer aux marchés publics la règle de la liberté du commerce et de l'industrie, de garantir le jeu d'une concurrence aussi large que possible et de limiter les entraves administratives à la participation des entreprises à la mise en concurrence. Quant au principe d'égalité de traitement, sa fonction est d'appliquer aux marchés publics le principe général d'égalité devant la loi, de garantir une concurrence aussi efficace que possible, d'assurer aux entreprises candidates les mêmes conditions dans la préparation de leur offre, et d'assurer aux entreprises ayant fait une offre un traitement égal au moment du jugement des offres en vue de l'attribution du marché ».

⁶⁴² C. RIBOT, *La passation des marchés publics*, éd. Le Mon., 2007, pp. 19 et s.

transparence et la libre concurrence »⁶⁴³, sans évoquer l'égalité de traitement et la liberté d'accès à la commande publique. Laure Marcus, dans sa thèse consacrée à *L'unité des contrats publics*, évoque l'existence de principes de publicité et de mise en concurrence⁶⁴⁴, alors que ce ne sont en réalité que des obligations au service des principes de la commande publique⁶⁴⁵. Grégory Kalfèche, dans sa thèse intitulée *Des marchés publics à la commande publique*, opère une classification en distinguant deux catégories de principes de la commande publique, ceux « *justifiant les procédures de passation* », et ceux « *renforçant les procédures de passation* »⁶⁴⁶. Si la classification est intéressante dans la forme, il semble que dans le fond, il n'y ait pas vraiment de clarification sur les fonctions propres des principes de la commande publique, dans le sens où une multitude de principes sont répartis entre les deux catégories. L'auteur évoque en effet le principe de l'égalité d'accès à la commande publique et l'obligation de mise en concurrence, le principe d'égalité de traitement durant la passation, le principe de libre et égale concurrence, le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe de transparence des procédures, le principe d'efficacité économique, et les principes environnementaux.

Le triptyque classique consacré par le Code des marchés publics de 2001 ne séduit pas tous les auteurs. À cet égard, il est mentionné dans le guide de l'achat public⁶⁴⁷ l'existence d'une « *typologie officielle* »⁶⁴⁸, constituée par les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Les auteurs adoptent toutefois, de manière explicite, une présentation différente dans leur ouvrage, puisqu'ils évoquent les principes d'égalité, de transparence et d'efficacité⁶⁴⁹. La liberté d'accès à la commande publique est comprise comme une expression de l'égalité d'accès à la commande publique, la transparence implique le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, l'efficacité renvoie à la bonne utilisation des deniers publics et à l'offre économiquement la plus avantageuse⁶⁵⁰. Les auteurs se contentant d'affirmer que « *de cette rédaction de l'article 1^{er}, trois grands*

⁶⁴³ J.-F. SESTIER, « Les principes de la commande publique », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 189.

⁶⁴⁴ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010.

⁶⁴⁵ Cf. *Supra*, Chapitre I.

⁶⁴⁶ G. KALFECHE, *op. cit.*

⁶⁴⁷ *Guide de l'achat public*, sous la dir. de F. LINDITCH, LexisNexis, 2013, p. 44.

⁶⁴⁸ *Ibid*, pt. 116 : « à la prendre au pied de la lettre, l'article 1^{er} énonce trois principes ».

⁶⁴⁹ *Ibid*, pt. 117, « Présentation retenue par l'ouvrage ».

⁶⁵⁰ *Idem*.

principes émergent nettement »⁶⁵¹, ils n'expliquent pas les raisons qui les poussent à retenir une autre présentation que la typologie officielle.

L'analyse du discours doctrinal démontre ainsi qu'il existe bien des tentatives de délimitation des fonctions propres des principes de l'achat public, mais qui portent sur des principes qui n'entrent pas dans la typologie officielle consacrée par le Code des marchés publics de 2001. Bien que cette entreprise soit louable, elle reste vaine dans la mesure où les principes utilisés par le juge pour sanctionner le comportement des acheteurs publics sont effectivement ceux consacrés par le droit positif. Dès lors, les recherches d'une fonction propre doivent rester cantonnées à la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures. De telles recherches existent, mais elles demeurent insuffisantes en raison d'une véritable confusion des fonctions entre les principes de la commande publique.

b : Une confusion sur la portée propre des principes.

Certains auteurs de doctrine se fondent effectivement sur la classification des principes issue du Code des marchés publics et tentent de définir les fonctions propres à chacun d'eux. C'est le cas de Cyrille Emery dans un article consacré aux trois principes de la commande publique et aux contrats de partenariat public-privé⁶⁵². Pour l'auteur, la liberté d'accès « *vise à stimuler le jeu de la concurrence et à limiter les entraves que l'administration pourrait opposer à la participation de certaines entreprises aux consultations qu'elle organise* ». Cette liberté est protégée par une application efficace du droit de la concurrence et reste cantonnée au stade d'examen des candidatures. L'égalité de traitement « *est un principe central qui impose à la personne publique de réserver un égal accès à tous les candidats, ainsi qu'un égal traitement à leurs candidatures et à leurs offres* ». Ce principe s'applique à toutes les étapes de passation du contrat, de l'accès à la procédure jusqu'au choix du cocontractant. Le principe d'objectivité, aujourd'hui remplacé par le principe de transparence, « *est l'obligation faite à la personne acheteuse de garantir l'impartialité des procédures et a pour effet d'imposer à la personne publique de prendre des mesures de publicité suffisantes de manière à permettre une ouverture du marché à la concurrence* »⁶⁵³. Cette tentative de définition est séduisante, mais elle comporte un défaut majeur dans la mesure où les fonctions des principes

⁶⁵¹ *Idem.*

⁶⁵² C. EMERY, « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2005, p. 2269 et s.

⁶⁵³ *Idem.*

se recoupent, ce qui rend impossible une délimitation précise des fonctions propres à chacun d'eux.

Le constat est similaire dans l'analyse apportée par d'autres auteurs de doctrine. Pour Pierre Delvolvé, l'égalité « *doit contribuer au même résultat* » que la liberté, qui « *porte d'abord sur l'accès à la commande publique* »⁶⁵⁴. Pour Sophie Nicinski, la liberté d'accès commande la généralisation de l'obligation de mise en concurrence, et « *se confond parfois avec celui d'égalité* », qui s'exprime en droit des contrats dans de nombreux cas de figure⁶⁵⁵. La transparence, qui oblige à garantir un degré de publicité adéquat ainsi qu'un contrôle de l'impartialité des procédures, semble parfois « *se confondre avec les implications des deux autres principes* »⁶⁵⁶. Ces exemples démontrent qu'il est malaisé de déterminer de façon claire les fonctions propres à chaque principe, parce qu'il existe une confusion de leur portée respective. Ainsi, « *la confusion terminologique se double d'une confusion substantielle. En effet, certains objets peuvent en recouvrir d'autres ou se confondre avec eux* »⁶⁵⁷. L'impossibilité de trouver une définition précise des principes dans le droit positif comme dans la doctrine révèle qu'il existe un flou juridique sur la portée propre à chacun d'eux.

L'analyse du droit positif comme du discours doctrinal met donc au jour l'absence d'une délimitation des fonctions propres à chaque principe de la commande publique, ces derniers n'étant pas singularisés dans l'ensemble homogène qu'ils forment. Cette absence d'une précision sur leur portée respective provient à la fois d'une imprécision et d'une confusion de leurs fonctions. Il convient de s'interroger sur les raisons d'une telle confusion ainsi que sur les solutions envisageables pour y remédier.

⁶⁵⁴ P. DELVOLVE, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI* 2003, pp. 481 et s.

⁶⁵⁵ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 3^{ème} éd., pp. 523 et s.

⁶⁵⁶ *Idem*.

⁶⁵⁷ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 190.

Section 2 : L'origine d'un défaut de singularisation des fonctions propres à chaque principe.

La confusion des fonctions des trois principes de la commande publique est marquante, tout autant que l'absence actuelle d'une définition claire de leur portée respective au sein de l'ensemble qu'ils forment. Cette confusion explique les difficultés pour déterminer une délimitation intelligible et précise de chacun d'eux. Dans la vision actuelle des principes, telle qu'elle ressort de l'étude du droit positif et du discours doctrinal, le constat est en effet que ces derniers se recoupent dans leurs fonctions. Ce sont donc les frontières du champ d'application fonctionnel des principes qu'il est difficile de déterminer, ces derniers faisant l'objet d'une lecture croisée, sans que l'on puisse la plupart du temps déterminer la frontière de ce qui relève de l'un ou de l'autre⁶⁵⁸.

L'exemple de la publicité est parlant. De prime abord, cette obligation semble découler du principe de transparence. En effet, la publicité permet de rendre transparente la procédure de passation et les informations détenues par l'acheteur public. Elle peut également découler du principe de liberté d'accès à la commande publique, car sans la publicité, les opérateurs économiques ne sont pas informés de la passation du contrat et ne peuvent donc pas exercer leur liberté d'accéder au contrat. La publicité est également au service du principe d'égalité de traitement, puisque c'est notamment la communication transparente de toutes les informations liées à la procédure et au contrat qui permet l'égal traitement des candidats. Cet exemple démontre qu'actuellement, il n'est pas possible de déterminer à travers quel prisme il faut penser la publicité. Elle est au service des trois principes, alors que ces derniers disposent d'une philosophie et d'une logique différentes, et doivent par conséquent avoir des conséquences pratiques distinctes.

Il convient de s'interroger sur les raisons de cette confusion des fonctions propres à chaque principe de la commande publique. C'est la consécration récente de la transparence en tant que principe qui paralyse la délimitation de la substance spécifique à chacun d'eux (**Paragraphe 1**), cette dernière semblant en effet dotée d'un champ d'application qui chevauche celui de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement. Dans l'objectif de doter les

⁶⁵⁸ R. GRANJON, « Commande publique : les règles générales de passation des contrats », *Contrats publics*, n°73, janvier 2008, Dossier « Choix du contrat : étude transversale », p. 32.

principes d'une singularisation de leurs fonctions, il convient par conséquent de tenter de trouver une solution à cette confusion fonctionnelle, les principes devant nécessairement faire l'objet d'une distinction au sein de l'ensemble qu'ils forment (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La consécration équivoque de la transparence en tant que principe.

C'est la consécration de la transparence en un principe fondamental du droit de la commande publique qui engendre des difficultés pour définir de manière précise chacun des principes. Le passage de la transparence d'une simple obligation à un véritable principe fondamental (**A**) crée une confusion fonctionnelle entre les trois principes, empêchant ainsi la mise en place d'une délimitation claire de la portée respective de chacun (**B**). En effet, le champ d'application de la transparence nouvellement consacrée empiète sur celui des principes de liberté et d'égalité dont l'assise est plus ancienne, dans la mesure où, auparavant, elle découlait de ces deux principes.

A. : La consécration de la transparence en tant que principe fondamental.

Bien que ses implications soient anciennes en droit interne des contrats publics, la transparence n'a pas été conceptualisée à l'origine dans cette matière. En effet, « *le terme de transparence est apparu dans la science administrative au début des années quatre-vingt pour caractériser un ensemble de lois qui visaient à rapprocher l'administration des administrés. (...) Mais la transparence n'est pas restée cantonnée au domaine des pratiques administratives. Elle a essaimé dans le domaine de la vie politique à la fin des années quatre-vingt puis dans le domaine économique au début des années quatre-vingt-dix.* »⁶⁵⁹. À cet égard, le Conseil d'État, dans l'un de ses rapports annuels de 1995⁶⁶⁰, a tenté de regrouper les différentes acceptions de la transparence, qui s'appliquait déjà de manière très générale à diverses matières du droit public. Le terme de transparence s'est alors imposé pour qualifier le mouvement d'ouverture de l'administration vers l'extérieur, et a progressivement supplanté

⁶⁵⁹ Ch. MAUGÜÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 609.

⁶⁶⁰ CONSEIL D'ETAT, *La transparence et le secret*, Rapport 1995, EDCE 1996, n° 47, p. 33.

un autre concept, celui de publicité, dont le champ d'application et la portée semblent moins larges⁶⁶¹.

Le droit des contrats publics n'a pas échappé au phénomène de la montée normative et conceptuelle de la transparence, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit interne. En effet, la notion de transparence a « *fait irruption dans le marché public sous l'effet de deux données : d'abord la construction communautaire, car la transparence favorise l'homogénéisation des pratiques, indispensable pour créer un milieu concurrentiel (...), ensuite et surtout la politique de moralisation amorcée par la loi du 3 janvier 1991 (loi relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché) et amplifiée par la loi du 29 janvier 1993 (sur la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques)* »⁶⁶². C'est par ces deux biais que la transparence s'est émancipée en droit de la commande publique.

Afin de mieux appréhender le phénomène de confusion fonctionnelle des principes engendrée par la consécration de la transparence⁶⁶³, il convient de rappeler au préalable le contexte et les différentes étapes de l'émergence de ce principe en droit de l'Union européenne (I) et en droit interne (II).

I : La consécration du principe de transparence en droit de l'Union européenne.

Le principe de transparence n'étant pas expressément cité dans les traités fondateurs du droit de l'Union européenne, c'est dans le cadre du droit dérivé et de la jurisprudence de la Cour que ce principe apparaît véritablement. À ce titre, la référence au principe de transparence par les autorités de l'Union prend autant sa source dans des textes de droit dérivé que dans la doctrine de la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour de justice.⁶⁶⁴ C'est dans le domaine des relations financières entre les États membres et leurs entreprises

⁶⁶¹ C. DEBBASCH, « Introduction », in *La transparence administrative en Europe*, dir. C. DEBBASCH, éd. Du CNRS, 1990, p. 11.

⁶⁶² Ch. BRECHON-MOULENES, « Actualité des marchés publics : synthèse », *AJDA* 1994, p. 118.

⁶⁶³ Cf. *infra*, (B).

⁶⁶⁴ J.-M. COMMUNIER, « Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée », in *Le Droit de l'Union Européenne en principes, Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 262.

que le principe de transparence fait son apparition, pour ensuite essaimer dans diverses directives relatives au droit des contrats publics⁶⁶⁵.

Actuellement, la transparence apparaît dans les directives 2014/24⁶⁶⁶ et 2004/23⁶⁶⁷ du 26 février 2014. À cet égard, le considérant n°1 de la directive 2014/24 énonce que « *la passation de marchés conclus dans les Etats membres (...) doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* », faisant de la transparence un véritable principe du droit des marchés publics⁶⁶⁸ placée au même rang que l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle et la proportionnalité. La même formule est présente dans la directive sur les concessions⁶⁶⁹. Dans la jurisprudence, c'est sur la base des directives d'harmonisation du droit des marchés publics que le juge de l'Union a progressivement consacré le principe de transparence pour en faire une source non écrite du droit de l'Union⁶⁷⁰. Pour certains, à l'inverse, la transparence doit son apparition « *aux seuls juges du plateau de Kirchberg* »⁶⁷¹, la consécration textuelle de la transparence et de ses fondements résultant de la codification d'un principe jurisprudentiel.

Le vocable de « transparence » apparaît explicitement pour la première fois dans une décision de la Cour dans les termes suivants : « *la procédure de comparaison des offres devait donc respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres* »⁶⁷². Cette formulation laisse à penser que la Cour considère la transparence comme un véritable principe à l'instar du principe d'égalité de

⁶⁶⁵ Pour exemple Directive 80/723 du 25 juin 1980 relative aux relations financières entre les Etats membres et leurs entreprises, *JOCE* L195 du 29 juillet 1980 ; Directive 77/62 du Conseil du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOCE* L13 du 15 janvier 1977, p. 1 ; Directive « travaux » 89/440 du 8 juillet 1989, *JOCE* L210 du 21 juillet 1989, p. 1 ; Directive « Recours » 89/665 du 21 décembre 1989, *JOCE* L395 du 30 décembre 1989, p. 33.

⁶⁶⁶ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* 2014, p. L. 94/65.

⁶⁶⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *JOUE* 2014, p. L. 94/1.

⁶⁶⁸ Directive 2014/24/UE préc.

⁶⁶⁹ Directive 2014/23/UE préc.

⁶⁷⁰ J.-M. COMMUNIER, art. préc, p. 263.

⁶⁷¹ E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013, p. 4.

⁶⁷² CJCE, 25 avril 1996, *Commission / Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-2043, pts. 54 et 56.

traitement. Cependant, quelques années plus tard, la Cour l'évoque comme une simple obligation et la rattache directement au principe de non discrimination⁶⁷³, présentant la transparence comme une conséquence de ce principe⁶⁷⁴. Les contours de cette obligation sont ensuite précisés dans la décision *Telaustria*⁶⁷⁵, et les décisions ultérieures confirment le lien étroit entre la transparence et le principe d'égalité de traitement⁶⁷⁶, au point que « *se pose la question de savoir si (...) la cour de justice a véritablement érigé l'obligation de transparence en principe général du droit communautaire* »⁶⁷⁷. Le statut de principe de la transparence apparaît alors incertain.

En 2007, dans une décision *Commission contre Italie*⁶⁷⁸, le juge de l'Union évoque pour la première fois un « *principe général de transparence* » qu'il distingue de « *l'obligation de transparence* » consistant en un degré de publicité adéquat. À cet égard, la Cour souligne que « *l'absence totale de mise en concurrence (...) viole le principe général de transparence ainsi que l'obligation de garantir un degré de publicité adéquat* »⁶⁷⁹. Par conséquent, malgré quelques hésitations sémantiques, il semble que le principe de transparence ait acquis un véritable statut de principe général du droit de l'Union européenne, à classer dans la catégorie des principes constituant la « *communauté de droit* »⁶⁸⁰. Dès lors, la transparence est un principe fondamental, c'est à dire « *un principe qui est fondé sur le traité sans faire partie du droit dérivé, qu'il ne reproduit pas. Un tel principe fondamental se situe entre le droit primaire et les mesures d'application* »⁶⁸¹. Cette analyse est confirmée par les nouvelles directives qui placent la transparence au rang des principes que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter⁶⁸².

Ce glissement d'un simple objectif à un véritable principe n'est pas sans intérêt, car « *reconnaître à la transparence le caractère de principe général (...) implique de nouvelles*

⁶⁷³ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit., p. 200 : « l'arrêt *Telaustria* explicite le lien entre le principe de non-discrimination et la transparence, en jugeant que celle-ci « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté ». La transparence est le complément utile de la non-discrimination dans la mesure où elle permet de vérifier que le contrat n'est pas attribué en fonction de la nationalité ».

⁶⁷⁴ CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab et Ministeriet for Fødevarer Landbrug og Fiskeri*, aff. C-275/98, Rec.p. I-8291 ; D. 1999. IR, 275.

⁶⁷⁵ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

⁶⁷⁶ CJCE, 4 décembre 2003, *EVN AG Wienstrom GmbH*, préc.

⁶⁷⁷ J.-M. COMMUNIER, op. cit., p. 264.

⁶⁷⁸ CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, préc.

⁶⁷⁹ *Idem*, pt. 25.

⁶⁸⁰ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, n° 295, p. 366.

⁶⁸¹ L. RICHER, op. cit., p. 199.

⁶⁸² Directives 2014/23/UE et 2014/24/UE préc.

*obligations à la charge des États membres. En effet, un principe général ouvre des cas indéfinis d'application en fonction des caractéristiques du contrat en cause ; il est, par nature, synonyme de plasticité et de flexibilité dans sa mise en œuvre, et peut ainsi donner lieu à des interprétations différentes, si ce n'est divergentes. Le principe de transparence n'échappe pas à cette règle au point qu'il est devenu, au fil du temps, source d'insécurité juridique. Un principe sans limites qui, si elles existent, ne semblent ni connues des pouvoirs adjudicateurs, ni des soumissionnaires potentiels »*⁶⁸³. La consécration de la transparence en droit de l'Union européenne est accompagnée par conséquent de certaines difficultés, celles tenant à la délimitation de son champ d'application et à la précision de ses fonctions. Cette difficulté retentit nécessairement sur la recherche d'une délimitation des fonctions propres à chaque principe de la commande publique. En parallèle, le droit interne de la commande publique va également connaître le même phénomène d'apparition et de concrétisation du principe de transparence.

II : La consécration du principe de transparence en droit interne.

À l'origine, la transparence n'intéresse pas directement les contrats publics, le terme de publicité étant préféré. En effet, *« jusqu'à une époque récente, la transparence était pratiquée et recherchée sans être expressément nommée. Il a fallu attendre le début des années 1990 pour que le vocable apparaisse »*⁶⁸⁴. Ainsi, les études consacrées à la transparence, antérieures ou concomitantes aux années 1990 n'évoquent pas le droit des contrats publics. Par exemple, dans l'ouvrage consacré à la transparence administrative en Europe, les auteurs qui consacrent quelques développements au droit français axent leur propos sur le droit à l'information administrative et aux rapports entre l'administration et les administrés⁶⁸⁵.

⁶⁸³ E. LEKKOU, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁸⁴ F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publ.* 2004, chron. 1.

⁶⁸⁵ Voir A. ROUX, *La transparence administrative en France*, rapport présenté à la Table ronde européenne du Centre de recherches administratives, Aix-en-Provence, 27-28 octobre 1989, in *Annuaire européen d'administration publique*, éd. du CNRS, 1989, pp. 57-94 et in *La transparence administrative en Europe*, éd. du CNRS, 1990, pp. 57-94 – C. DEBBASCH, art. préc. : l'auteur évoque les trois facettes de la transparence, dont aucune n'entre dans la définition et les objectifs de la transparence en droit des contrats publics : le droit de savoir, le droit de contrôler, le droit du citoyen d'être un acteur et non un spectateur de la vie administrative. Les trois pôles de la transparence sont le droit d'accès aux dossiers administratifs, le droit d'accès à la motivation des actes administratifs, la participation des usagers aux procédures de l'administration.

Le vocable de transparence apparaît pour la première fois en droit positif dans le domaine des contrats publics dans les lois n° 91-3 du 3 janvier 1991⁶⁸⁶ et n° 93-122 du 29 janvier 1993⁶⁸⁷ « afin d'annoncer les objectifs poursuivis par ces lois et non pour doter la transparence d'un statut juridique spécifique »⁶⁸⁸. Qualifiée « d'objectif » par le Conseil Constitutionnel⁶⁸⁹, la transparence ne semble pas, à l'origine, prétendre au statut de principe en droit. En effet, avant le Code des marchés publics de 2001⁶⁹⁰, la transparence était perçue comme une simple obligation permettant de mettre en œuvre les objectifs sous-jacents à l'existence des procédures de passation. Parmi les grands auteurs du droit des contrats publics dans les écrits antérieurs à 2001, notamment Gaston Jèze⁶⁹¹ et André de Laubadère⁶⁹², aucun n'évoque l'existence d'un « principe de transparence ». Le terme est rarement utilisé en droit de la commande publique jusqu'à une période récente.

C'est en 2001 qu'elle apparaît en tant que « principe fondamental de transparence des procédures » au même rang que la liberté d'accès à la commande publique et que l'égalité de traitement, seules consacrées jusqu'alors. C'est certainement la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a incité les rédacteurs du Code des marchés publics de 2001 à ériger la transparence au statut de principe fondamental⁶⁹³. Les juges de droit interne confirment cette consécration de la transparence en un principe fondamental du droit de la commande publique⁶⁹⁴, notamment le juge constitutionnel dont l'intervention « a été déterminante pour que la transparence passe d'objectif poursuivi par la

⁶⁸⁶ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF* n°4 du 5 janvier 1991 p. 236.

⁶⁸⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

⁶⁸⁸ F. LLORENS, art. préc.

⁶⁸⁹ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Rec.* p. 14 ; *D.* 1994. 285, obs. H. Mais ; *RFDA* 1993. 902, étude D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC* 1993. 375, note L. Favoreu.

⁶⁹⁰ Décret n° 2001-210 portant Code des marchés publics préc.

⁶⁹¹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, éd. M. GIARD, 3^{ème} éd., 1934.

⁶⁹² A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1.

⁶⁹³ F. LLORENS, art. préc. : « cette consécration suprême est loin de clore le débat, nous le verrons. On se bornera à relever à ce stade qu'elle est en harmonie avec le droit communautaire, à laquelle elle n'est sans doute pas étrangère ».

⁶⁹⁴ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc. – CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *Rec.* p. 382 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.*, p. 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.*, p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis.

*loi à un principe juridique à valeur constitutionnelle, applicable à l'ensemble de la commande publique »*⁶⁹⁵. Ainsi, « *en l'espace de deux ans, la transparence a donc changé de statut. Elle est passée du rang de simple objectif à celui de principe juridique et de celui de principe de nature indéterminée à celui de principe de valeur constitutionnelle, applicable, qui plus est, à l'ensemble de la commande publique »*⁶⁹⁶. En droit interne, contrairement au droit de l'Union, notamment aux décisions de la Cour de justice, l'épithète de principe est systématiquement utilisée par le juge et le pouvoir normatif. La valeur de la transparence en tant que principe ne semble donc pas, en droit positif, remise en doute. Il est dès lors intéressant de s'interroger sur cette consécration « principielle » de la transparence et sur ses conséquences dans l'articulation avec les autres principes de la commande publique.

B : L'instauration subséquente d'une confusion fonctionnelle entre les principes de la commande publique.

L'accession de la transparence en tant que principe fondamental du droit de la commande publique suscite deux interrogations. La première porte sur le statut même de la transparence comme un véritable principe fondamental car, malgré une consécration explicite, ce statut peut encore faire débat (I). Cette interrogation est spécifique à la transparence, les statuts de la liberté comme de l'égalité n'ayant jamais été remis en cause. Cette question, bien que légitime, ne fera pas l'objet de développements plus approfondis. En effet, il ne s'agit pas, dans le cadre de cette thèse, de développer les propos sur le statut même du principe de transparence, mais plutôt de démontrer en quoi cette question a une incidence sur la délimitation des fonctions propres à chaque principe. La deuxième interrogation porte sur les conséquences de cette accession, puisque la consécration de la transparence en tant que principe aboutit à l'existence d'une véritable confusion des fonctions entre les principes de la commande publique (II).

I : Une confusion accessoire sur le statut de la transparence.

La consécration de la transparence en tant que principe a pu laisser sceptiques certains auteurs de doctrine comme Michel Guibal. Ce dernier critique fortement le « remplacement »

⁶⁹⁵ E. LEKKOU, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁹⁶ F. LLORENS, art. préc.

du principe de bonne utilisation des deniers publics par celui de transparence, car « *il y a de quoi être surpris par ces glissements furtifs. Que la protection des deniers publics descende du niveau principe au niveau règle de bon sens passe encore, mais que la transparence monte du niveau science administrative au niveau principe juridique est assez déroutant* »⁶⁹⁷. Il existe peu de commentaires véritablement critiques en doctrine à ce sujet car « *quoique naturelle, parce que dans l'air du temps, cette consécration n'a pas manqué de susciter un certain embarras ou, à tout le moins, une certaine perplexité qui se décèle à la faiblesse des commentaires qu'elle a suscités* »⁶⁹⁸. De plus, malgré les consécutions textuelles et jurisprudentielles de la transparence en tant que principe, les termes « d'obligation de transparence », « exigence de transparence » ou plus simplement « la transparence », sans l'épithète principe, restent très ancrés dans la doctrine⁶⁹⁹.

Ainsi, Francois Llorens se demande « *s'il ne s'agissait pas là d'une simple clause de style, de la concession obligée à une mode terminologique ou, au mieux, d'une façon de donner un regain de jouvence à une réalité (l'obligation de publicité, en l'occurrence), d'âge fort vénérable* »⁷⁰⁰. Pour Laurent Richer, « *s'il existe un principe général de transparence des contrats publics, il s'agit donc d'un principe spécifique à la matière et non d'une application particulière d'un principe général du droit. (...) Au stade actuel, si la valeur normative du principe est affirmée, sa portée reste encore mal déterminée, le principe juridique est à peine sorti de la gangue de l'idée force et le prestige de la notion de transparence pourrait faire oublier que, comme l'égalité ou la concurrence, la transparence doit avoir ses limites. La transparence n'est pas une valeur en soi, elle est au service de fins qui lui sont extérieures* »⁷⁰¹. L'auteur évoque par la suite l'existence d'un « *principe en gestation* »⁷⁰², dans la mesure où ce n'est pas un principe général de transparence qui a été consacré par les textes et la jurisprudence, mais un principe spécifique au droit des contrats de la commande publique.

⁶⁹⁷ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

⁶⁹⁸ F. LLORENS, art. préc.

⁶⁹⁹ C. MAUGÛE, art. préc. Dans cet article, l'auteur évoque l'existence d'une obligation jurisprudentielle de transparence, bien que reconnaissant sa valeur en tant que principe.

⁷⁰⁰ F. LLORENS, art. préc.

⁷⁰¹ L. RICHER, « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur de Michel Guibal*, Presse de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, pp. 175 et s.

⁷⁰² *Idem* : « pour autant, le droit français ne consacre pas un principe général de transparence ; tout au plus est-il admis qu'il pourrait s'agir d'un principe en gestation ».

Cette interrogation porte sur les fondements même du principe de transparence. La Cour de justice de l'Union européenne la fait découler du principe de non discrimination⁷⁰³, et le Conseil Constitutionnel des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁰⁴. Pour François Llorens, « *il est probable en tout cas qu'en visant les articles 6 et 14 de la Déclaration, le Conseil ait surtout eu en vue les principes traditionnels de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement auxquels, par raccroc ou souci de simplification, il a assimilé celui de transparence placé au même rang par le Code des marchés* »⁷⁰⁵. Le constat en droit de l'Union européenne est similaire, puisque « *cette difficulté à trouver un fondement au principe de transparence n'est pas, au demeurant, l'apanage du droit national. Dans ses conclusions sur l'arrêt "Telaustria", déjà citées, l'avocat général Fenelly indiquait que la Commission déduisait "apparemment", l'obligation de transparence des objectifs qui sous-tendent certains articles du traité (art. 30, 52 et 59), manifestant par là que cette obligation ne dispose peut-être pas d'une assise évidente. En fait, il apparaît bien que l'obligation de transparence se dégage des principes de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation des services mis en œuvre par les articles cités. Mais, il est clair aussi que l'opération conduisant à la consacrer suppose un effort de construction, tant il est vrai que les stipulations du Traité renvoient plus naturellement, et en tout cas plus directement, aux principes de non discrimination et de libre concurrence qu'à celui de transparence* »⁷⁰⁶. La consécration de la transparence en tant que principe ne relève donc pas de l'évidence.

Cette interrogation sur le statut de la transparence est certes pertinente, mais ne fera pas l'objet de développements plus approfondis dans le cadre de ce chapitre. En effet, pour reprendre les termes de Laurent Richer, « *la valeur normative du principe est affirmée* »⁷⁰⁷. La transparence est devenue un véritable principe actif du droit des contrats publics, et le présent travail de thèse n'est pas de remettre en cause la valeur normative de la transparence en tant que principe. Les juges de droit interne comme les juges de l'Union européenne l'utilisent dans la résolution des contentieux liés à la passation des contrats publics, et en font découler des obligations procédurales et contentieuses à la charge des acheteurs publics. La

⁷⁰³ CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab et Ministeriet for Fødevarer Landbrug og Fiskeri*, préc.

⁷⁰⁴ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, préc.

⁷⁰⁵ F. LLORENS, art. préc.

⁷⁰⁶ *Idem*.

⁷⁰⁷ L. RICHER, art. préc., p. 176.

transparence est aujourd'hui trop ancrée en tant que principe dans le paysage juridique du droit de la commande publique pour que la remise en cause de son statut soit opportune.

La problématique porte donc, dans les développements qui suivent, sur les conséquences de cette consécration du principe de transparence sur les fonctions respectives des principes de la commande publique. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'articulation de ce « nouveau » principe de transparence avec les deux autres principes du droit de la commande publique ; la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats.

II : Une confusion dirimante dans l'articulation fonctionnelle des principes.

Depuis la consécration de la transparence en tant que principe, l'articulation des fonctions des principes de la commande publique est délicate dans la mesure où la portée de la transparence semble empiéter sur celles des deux autres principes **(b)**. En d'autres termes, la portée du principe de transparence semble se confondre avec celles des principes de liberté et d'égalité. À cet égard, la transparence ne dispose pas de fonctions propres **(a)**, et les frontières entre les champs d'application des trois principes est devenue incertaine. De cette confusion dans l'articulation fonctionnelle des principes découle un manque de lisibilité du droit de la commande publique **(c)**, dont il convient de remédier par une approche de singularisation des principes au sein de l'ensemble homogène qu'ils forment.

a : Le constat de l'absence d'une fonction propre de la transparence.

Depuis la formule du Code des marchés publics de 2001⁷⁰⁸, les trois principes de la commande publique sont placés sur un pied d'égalité, en ce sens qu'aucun d'entre eux ne prime sur les autres. En effet, le pouvoir réglementaire ne les a pas hiérarchisés, et cette absence de hiérarchisation des trois principes a été confirmée par la jurisprudence et le pouvoir normatif⁷⁰⁹. C'est aussi le cas en droit de l'Union européenne, les directives

⁷⁰⁸ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, préc.

⁷⁰⁹ En effet, il n'est possible de trouver dans un texte de droit positif ou dans une décision de justice une hiérarchie, implicite ou explicite, entre les trois principes de la commande publique.

2004/17⁷¹⁰ et 2004/18⁷¹¹, et les nouvelles directives du 26 février 2014⁷¹² plaçant sur un pied d'égalité les principes d'égalité, de non discrimination, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité.

La consécration de la transparence et l'absence d'une hiérarchie entre les principes sont à l'origine d'une confusion entre leurs fonctions, car depuis que la transparence est devenue un véritable principe, il est difficile de donner un contour précis aux fonctions de chacun d'eux. Il était assez aisé d'appréhender les contours du champ fonctionnel des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats avant la consécration de la transparence. La liberté d'accès est effective en amont de la procédure, en interdisant aux pouvoirs adjudicateurs d'entraver l'accès des entreprises intéressées à la commande publique ; l'égalité de traitement impose, dans le déroulement de la procédure de passation, de traiter de manière égale et non discriminatoire les candidats retenus⁷¹³. Le rajout de la transparence vient brouiller cette clarification fonctionnelle, puisque d'après les conceptions retenues actuellement, la transparence permet également l'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats.

Dès lors, le principe de transparence ne dispose pas, *a priori*, d'une fonction propre par rapport aux principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique. Cette spécificité de la transparence a été soulignée dès son avènement en tant que principe, car « *la transparence, en réalité, n'est pas un principe en elle-même, mais plutôt la somme de certains démembrements ou certaines fonctions du principe d'égalité* »⁷¹⁴. Par conséquent, la transparence est un simple moyen de mise en œuvre du principe d'égalité devant la loi en général, du principe d'égalité de traitement des candidats en particulier, dont la valeur normative en droit des contrats publics n'a jamais été remise en cause⁷¹⁵. La

⁷¹⁰ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE* p. L. 134/1.

⁷¹¹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* p. L. 134/114.

⁷¹² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* 2014, p. L. 94/65 – Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *JOUE* 2014, p. L. 94/1.

⁷¹³ Ce sont les définitions qui ressortent à la lecture des ouvrages ou articles de doctrine sur les principes de la commande publique.

⁷¹⁴ M. GUIBAL, art. préc., p. 360.

⁷¹⁵ Le principe d'égalité de traitement entre les candidats a une assise très ancienne, puisqu'il a été reconnu dans une décision du Conseil d'État du 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p.321. Le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt précisait que « *la jurisprudence reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication, le*

transparence serait donc un objectif au service de l'égalité de traitement, la privant de ce fait d'une fonction propre. C'est également le cas s'agissant du principe de liberté d'accès à la commande publique, dans la mesure où la transparence sert l'objectif d'accès des candidats potentiels à la procédure de passation au moyen de l'obligation de publicité.

En droit pénal, cette absence de fonction propre de la transparence est révélée. Sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines⁷¹⁶, le délit de favoritisme n'est reconnu qu'en cas d'acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les délégations de service public⁷¹⁷. Or, il est évident que si l'une des personnes visées à l'article 432-14 du code pénal transgresse le principe de transparence, du moins l'un de ses supposés moyens de mise en œuvre, le délit de favoritisme peut être reconnu, mais sur le fondement de la violation de la liberté d'accès ou de l'égalité des candidats. Cela signifie que la portée du principe de transparence se confond avec celle des principes de liberté et d'égalité, ce qui engendre une difficulté dans l'appréhension de l'articulation fonctionnelle des principes de la commande publique.

b : Les difficultés d'articulation subséquentes des principes.

En l'absence de fonction distincte de celles des deux autres principes, la transparence souffre d'une certaine ambivalence, celle d'avoir une valeur normative aujourd'hui certaine, mais une absence d'autonomie propre. François Llorens dénonce cette incertitude liée à l'autonomie du principe de transparence, dans le sens où l'« *on peut légitimement se demander s'il jouit d'une réalité propre ou s'il ne constitue au contraire qu'un prolongement d'autres principes et notamment de celui de non discrimination ou d'égalité de traitement, voire même qu'une simple formule particulière destinée à désigner certaines de leurs*

droit d'en contester la régularité si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité parfaite ».

⁷¹⁶ Article 111-3 du Code pénal : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement ».

⁷¹⁷ Article 432-14 du Code pénal : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

implications »⁷¹⁸. Cette constatation conduit à reconsidérer l'absence d'une hiérarchisation entre les principes de la commande publique car, selon l'auteur, la transparence n'est qu'un moyen au service de l'égalité. Par conséquent, bien que les textes mettent sur un même plan les trois principes, l'analyse du droit positif révèle que la transparence constitue seulement un des moyens d'assurer le respect des deux autres principes⁷¹⁹.

Surtout, l'absence d'une portée propre à la transparence entraîne l'inintelligibilité de l'articulation des fonctions des principes de la commande publique. Si la transparence constitue un moyen de mise en œuvre des autres principes, leurs champs de compétence fonctionnelle se recoupent nécessairement, dans la mesure où ils poursuivent les mêmes objectifs. Dès lors, il n'est pas possible de déterminer avec précision si une obligation procédurale découle de la liberté, de l'égalité, ou de la transparence. Cette difficulté liée à l'articulation des principes est tangible dans la jurisprudence du juge administratif, ce dernier n'utilisant pas de manière autonome l'un des trois principes⁷²⁰. Cette confusion est également présente dans les textes, puisqu'aucun ne précise les fonctions propres à chaque principe de la commande publique⁷²¹. Enfin, elle est certaine dans la jurisprudence du juge de l'Union, la Cour de justice conférant à chacun des principes une portée très large⁷²². Ainsi, « *on est donc, en droit interne comme communautaire face à une tension dans la détermination des rapports entre le principe de transparence et les autres principes de la commande publique* »⁷²³. La confusion existante entre les fonctions des trois principes de la commande publique explique probablement les raisons pour lesquelles la doctrine n'a jamais milité pour que la transparence devienne un principe fondamental. L'existence de l'égalité d'accès, de l'égalité de traitement, de la liberté d'accès, éventuellement d'un principe de publicité, suffisait⁷²⁴.

Cette confusion des fonctions des principes se retrouve également dans les formulaires ou guide d'application des Codes des marchés publics, dont l'objectif est de venir préciser les règles du Code et de définir la portée des grands principes du droit des marchés publics. L'instruction pour le Code des marchés publics de 2001 opère une description détaillée des

⁷¹⁸ F. LLORENS, art. préc.

⁷¹⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *BJCP* n° 64, p. 201.

⁷²⁰ Cf. *Supra*, Section 1.

⁷²¹ *Idem*.

⁷²² *Idem*.

⁷²³ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 731.

⁷²⁴ Ce n'est que depuis la consécration de la transparence en tant que principe que la doctrine s'intéresse à son statut. Les écrits antérieurs à cette consécration axaient essentiellement leurs propos sur ses implications en tant qu'obligation et démembrement du principe d'égalité.

principes de liberté d'accès et d'égalité⁷²⁵, puis reprend mot pour mot la définition de la transparence issue de la décision *Telaustria*⁷²⁶ sans en préciser la portée propre. La circulaire d'application du Code des marchés publics de 2004 n'évoque pas un principe de transparence, mais un principe de publicité qui a une double utilité : permettre le libre accès à la commande publique, et garantir une véritable mise en concurrence⁷²⁷. Ses fonctions se confondent donc avec celles des principes de liberté et d'égalité de traitement. La circulaire d'application du Code des marchés publics de 2006, modifiée, ne procède à aucune description détaillée de la portée de chacun des principes, en axant plus ses propos sur l'utilité de la publicité et ses implications⁷²⁸. Les formulations de ces guides et l'analyse du droit positif révèlent donc qu'il existe une inintelligibilité de l'articulation des principes de la commande publique, dans le sens d'une confusion de leurs fonctions, qui conduit à des difficultés non négligeables sur l'appréhension du droit de la commande publique.

c : Les difficultés liées à la confusion des fonctions des principes.

L'absence d'une définition des fonctions spécifiques à chaque principe conduit à un manque de lisibilité du droit, car l'incertitude sur la portée et la substance propres à chacun provoque des hésitations jurisprudentielles et textuelles sur l'existence et la mise en œuvre des règles procédurales de la commande publique. Pourtant, c'est la complexité de la matière qui a provoqué l'avènement des principes, afin d'apporter un cadre stable aux acteurs de l'achat public. Comme le souligne Gabriel Eckert, « *le phénomène de dispersion, voire d'émiettement généralement observé s'accompagne de l'émergence progressive de principes communs à l'ensemble de la commande publique* »⁷²⁹. Romain Granjon⁷³⁰ remarque que l'apparition des principes de la commande publique coïncide effectivement avec cette complexification du droit de la commande publique, révélant par conséquent la recherche d'une stabilité du droit à travers leur consécration. Ces principes devraient donc servir de fondement à la mise en place d'un régime commun à l'ensemble du droit de la commande

⁷²⁵ Instruction du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2001, *JORF* n°208 du 8 septembre 2001 p. 14385, pts. 1.2 et s.

⁷²⁶ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

⁷²⁷ Circulaire d'application du 7 janvier 2004 pour le Code des marchés publics de 2004.

⁷²⁸ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* n°0039 du 15 février 2012 p. 2600.

⁷²⁹ G. ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 238.

⁷³⁰ R. GRANJON, art. préc., p. 30.

publique⁷³¹. Or, l'absence de définition des fonctions précises de chaque principe constitue un obstacle à la recherche d'un cadre stable pour la commande publique, puisque « l'homogénéité attendue »⁷³² dans cette matière n'est concevable que si les contours et la portée de chaque principe sont déterminés⁷³³. En outre, il est difficile d'imaginer que des conséquences pratiques puissent découler de principes dont on ne peut déterminer les fonctions propres. Pour reprendre les termes de Didier Linotte, « *le vaste chantier de la clarification du droit applicable aux contrats de commande publique est toujours ouvert* »⁷³⁴. Comme le souligne Laurent Richer au sujet des marchés publics, « *depuis quelques années, la matière donne lieu à d'incessantes réformes, qui sont loin d'être terminées, si elles doivent l'être un jour. L'espoir de stabilisation qu'avait pu faire naître la nouvelle codification par le décret du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics a été vite déçu* »⁷³⁵. Cette analyse démontre qu'il n'existe pas encore une stabilité du droit de la commande publique, l'adoption récente des nouvelles directives en droit de l'Union européenne qui visent à simplifier le droit de la commande publique, étant un exemple parlant⁷³⁶.

L'utilisation du socle commun formé par les trois principes n'est pas une solution juridiquement suffisante, car il est inopportun d'utiliser un ensemble à la portée très large pour justifier l'existence d'obligations procédurales spécifiques. Par exemple, il est possible de se demander si c'est réellement l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics qui justifient l'information sur les critères d'attribution dès l'engagement de la procédure dans la passation des délégations de service public⁷³⁷ ou des marchés publics

⁷³¹ *Ibid.*, p. 38 : « ceux-ci peuvent alors servir de base pour constituer les fondements, notamment constitutionnels, d'un nouveau droit des contrats publics ».

⁷³² J.-M. PEYRICAL, « L'émergence du droit de la commande publique », *Contrats publics* n° 100, juin 2010, p. 29.

⁷³³ S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *Mélange en l'honneur du Professeur Laurent RICHER*, LGDJ, 2013, p. 429 : « tant que l'on décidera que les principes d'égalité et de transparence n'ont aucune implication procédurale (...) il sera vain de rechercher l'homogénéité que fait tant défaut ici (homogénéité du corpus de règles qui régissent l'interface entre l'administration et le marché) ».

⁷³⁴ D. LINOTTE, « L'évolution récente des contrats de la commande publique », *Gaz. pal.*, décembre 2009, n° 339, p. 2.

⁷³⁵ L. RICHER, *op. cit.*, p. 313.

⁷³⁶ Directive 2014/24/UE préc. – Directive 2014/23/UE préc.

⁷³⁷ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. DACOSTA, obs. Ch. Maugué ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

à procédure adaptée⁷³⁸. Les principes étant utilisés en cas de difficultés d'interprétation ou d'absence de règles procédurales, il faut connaître leur application concrète. Cette difficulté dans l'utilisation des principes est perceptible dans la jurisprudence⁷³⁹, et le manque de coordination entre les jurisprudences des juges administratifs et judiciaires en est un exemple parlant⁷⁴⁰.

L'idée de la création d'un code de la commande publique⁷⁴¹ met en exergue les difficultés liées à la confusion des fonctions des principes. Dans son rapport public pour l'année 2008, le Conseil d'État recommande au gouvernement « *pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration d'un code de la commande publique* »⁷⁴². La codification doit se dérouler à partir de fondements opportuns et précis⁷⁴³. Le malaise est perceptible, car il est impossible, actuellement, d'affirmer que les principes de la commande publique sont des fondements précis. La complexité toujours existante du droit de la commande publique, les « vagues » jurisprudentielles tantôt tournées vers le formalisme, tantôt tournées vers plus de liberté contractuelle, démontre également ces difficultés⁷⁴⁴. Ainsi, la complexification du droit de la commande publique rend lointain le temps où le droit des marchés publics se ramenait à quelques solides décrets, bien jacobins et bien nationaux⁷⁴⁵. En effet, les contrats de l'administration faisaient auparavant l'objet de peu de textes et l'« *on pouvait savoir à quoi s'en tenir et bâtir une théorie des contrats administratifs permettant de les identifier et d'en cerner le régime* »⁷⁴⁶. Il convient donc d'envisager les solutions pour remédier à cette complexification du droit de la commande publique.

⁷³⁸ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

⁷³⁹ A. SÉE, « La publicité adéquate des délégations de service public », comm. sous CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *RLCT*, 2009, p. 48 : l'auteur souligne que le Conseil d'État n'a pas fondé sa décision sur le principe de transparence car ce dernier produit des effets divers et variés, et est donc un principe « éclaté » malaisé à utiliser – Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 18 : l'auteur évoque l'existence d'une jurisprudence « balbutiante ».

⁷⁴⁰ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁷⁴¹ Cette idée est d'actualité par le biais de la transposition des nouvelles directives : G. CLAMOUR, « Vers le code de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 29.

⁷⁴² CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public pour l'année 2008, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, ECDE, n° 59, Doc fr., p. 254.

⁷⁴³ M. GUIBAL, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA* 1994, p. 6.

⁷⁴⁴ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Le droit de la commande publique en miettes », *Contrats et marchés publ.* 2005, repère 1 – F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le grand désordre du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2009, repère 7.

⁷⁴⁵ M. GUIBAL, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA* 1994, p. 6.

⁷⁴⁶ P. DELVOLVE, « Les contrats publics dans le désordre », *RDC* 2006, p. 951.

Paragraphe 2 : La recherche subséquente d'une définition des fonctions propres à chaque principe.

Les principes de la commande publique sont intrinsèquement liés dans leurs fonctions générales, dans la mesure où ils ont été érigés ensemble dans des buts communs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché intérieur à la concurrence. L'analyse du droit positif et du discours doctrinal révèle toutefois que le sens et la portée propres à chacun ne sont pas déterminés, même si quelques décisions du juge administratif contiennent des éléments d'identification en ce sens. La consécration de la transparence en tant que principe, dont le champ d'application recoupe ceux des deux autres principes, a eu pour conséquence de créer une confusion entre leurs fonctions, rendant délicate la recherche d'une définition spécifique à chacun. Il résulte de cette confusion une insuffisance d'intelligibilité de la règle de droit, et un manque de lisibilité sur les conséquences pratiques de l'application des principes.

Deux solutions semblent envisageables pour remédier aux conséquences néfastes de cette confusion des fonctions : d'une part, revenir à un principe plus général d'égalité qui, restant spécifique aux contrats publics, permet la constitution d'un socle pérenne au droit de la commande publique ; d'autre part, trouver une grille de lecture dans l'application des principes qui, débouchant sur la possibilité de distinguer leurs fonctions propres au sein de l'ensemble qu'ils constituent, permet de restaurer l'intelligibilité de la règle de droit. La première solution semble envisageable dans la mesure où depuis une décennie, émerge dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel deux principes généraux d'égalité liés à la commande publique. Toutefois, cette solution ne peut être retenue du fait de l'absence actuelle d'une définition claire de leur substance et de leur portée (A). Il convient donc d'axer les recherches sur la démarche de singulariser chaque principe en sein de l'ensemble qu'ils forment (B).

A. : L'éviction certaine du recours à un principe plus général.

La confusion existante entre les fonctions respectives des principes soulève la question du recours à un principe plus général qui permettrait d'unifier le droit de la commande publique. En effet, une stabilité conceptuelle et fonctionnelle pourrait être recherchée à travers l'émergence d'un principe fondamental unique, dont les règles de publicité et de mise en concurrence ne seraient que des moyens de mise en œuvre. L'existence d'un tel principe est certaine en droit positif, le juge constitutionnel faisant référence, dans certaines de ses décisions, aux principes d'égalité d'accès à la commande publique ou d'égalité devant la commande publique (I). Toutefois, l'utilisation de tels principes en droit de la commande publique est délicate, du fait notamment de leur insaisissabilité conceptuelle (II).

I : L'émergence d'un principe général d'égalité lié à la commande publique.

C'est en consacrant l'existence d'un principe plus précis que le principe général d'égalité⁷⁴⁷, mais plus large que les trois principes de la commande publique, que le Conseil constitutionnel fait émerger l'idée du recours à un principe unique dont découlerait l'ensemble des règles relatives à l'achat public (a). Cette idée est corroborée par la réception concomitante de ce principe par les juges internes, notamment le Conseil d'État⁷⁴⁸ (b).

a : La découverte du principe par le juge constitutionnel.

Dans une décision portant sur la *loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*⁷⁴⁹, le juge constitutionnel fait

⁷⁴⁷ L. RICHER, « Constitution, contrat et commande publique », *Les nouveaux cahiers du CC*, n° 37, 2012, p. 44 : « il fait application en ce domaine de l'omniprésent principe d'égalité qui n'a rien de spécifique aux contrats ou aux contrats administratifs » – J.-E. SCHOETTL, note sous CC, 6 décembre 2001, décision n° 2001-452 DC, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, LPA 13 décembre 2001, p. 5 : la passation des marchés publics répond à « des exigences qui se rattachent aux diverses facettes du principe d'égalité ».

⁷⁴⁸ La Cour de cassation ne fait référence qu'une seule fois au principe d'égal accès à la commande publique : Cass. Com., 15 novembre 2011, n° 10-25.654.

⁷⁴⁹ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, préc.

référence à un objectif jusque là méconnu, celui d'égal accès à l'octroi des délégations de service public⁷⁵⁰. Le Conseil constitutionnel souligne que cet objectif n'est pas susceptible de porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques, sans définir son statut ni ses implications. Jusqu'en 2002, il n'est plus fait référence à ce concept⁷⁵¹, qui semble être une combinaison entre le principe d'égalité et les objectifs législatifs de transparence et d'égalité de traitement. Dans une décision du 22 août 2002⁷⁵², le juge constitutionnel utilise pour la première fois le principe « *d'égalité d'accès à la commande publique* », qu'il réutilise peu après dans une décision du 29 août 2002⁷⁵³. Le Conseil constitutionnel révèle ainsi l'existence d'un principe à valeur constitutionnelle plus spécifique que le principe d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques, utilisé pour contrôler les dispositions législatives susceptibles d'entraver la concurrence et l'accès des candidats à la commande publique. Ce principe découle à la fois du principe d'égalité⁷⁵⁴, de l'égalité devant les charges publiques⁷⁵⁵ et de la nécessité des dépenses publiques et du consentement à ces dépenses⁷⁵⁶. Dans une décision du 26 juin 2003⁷⁵⁷, le juge constitutionnel ne fait plus référence au principe d'égalité d'accès à la commande publique, mais a recours à l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la commande publique⁷⁵⁸. Par conséquent, il substitue à l'égalité d'accès à la commande publique l'égalité devant la commande publique.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, : « la procédure de publicité préalable prévue à l'article 38 de la loi qui a précisément pour objet de favoriser un égal accès à l'octroi de délégations de service public n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ».

⁷⁵¹ CC, décision n°93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, *Rec.* p. 40 ; *D.* 1995. 294, obs. E. Oliva, et 302, obs. P. Gaïa ; *RDI* 1994. 163, étude J. Morand-Deville ; *RFDA* 1995. 7, note P. Hocreître – CC, décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, *Rec.* p. 156 ; *D.* 2002. 1952, obs. V. Bertile ; *Rev. sociétés* 2002. 76, note Y. Guyon ; *Cah. Cons. const.* 2001, n° 12, 2202. 11 ; *LPA* 13 déc. 2001, p. 5, note J.-E. Schoettl.

⁷⁵² CC, décision n°2002-460 du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, *Rec.* p. 198 ; *AJDA* 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; *D.* 2003. 1125, obs. D. Ribes, pt. 7 : « les dispositions critiquées ont pour objet de faciliter et d'accélérer la construction des immeubles affectés à la gendarmerie nationale et à la police nationale en permettant à l'Etat de confier à un même titulaire les missions de conception, de construction, d'aménagement, de maintenance et d'entretien ; que ces dispositions ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ».

⁷⁵³ CC, décision n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *Rec.* p. 204 ; *D.* 2003. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot ; *AJDI* 2002. 708 ; *RSC* 2003. 606, obs. V. Bück ; *ibid.* 612, obs. V. Bück pt. 5 : « les dispositions critiquées, qui ont pour objet de faciliter et d'accélérer la construction des établissements pénitentiaires, ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'au demeurant, l'article 3 de la loi déférée prévoit la possibilité, pour les petites et moyennes entreprises, de se grouper pour présenter une offre commune ; qu'il n'écarte pas la faculté pour l'Etat, maître d'ouvrage, d'allotir le marché ; que, ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous-traitance, il permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique ».

⁷⁵⁴ Art. 6 de la DDHC.

⁷⁵⁵ Art. 13 de la DDHC.

⁷⁵⁶ Art. 14 de la DDHC.

⁷⁵⁷ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, pt. 18 : « que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences

L'analyse des décisions ultérieures à celle du 26 juin 2003 démontre, d'une part, que le Conseil constitutionnel n'utilise pas dans son contrôle l'un des trois principes fondamentaux de la commande publique, d'autre part, que le principe d'égalité d'accès disparaît au profit de l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la commande publique⁷⁵⁹, qui devient ensuite un principe dans des décisions de 2007, 2009 et 2012⁷⁶⁰. La découverte par le juge constitutionnel de tels principes applicables au « *droit commun de la commande publique* »⁷⁶¹ est qualifiée de salvatrice par Grégory Kalfleche, qui décèle dans de tels concepts des principes cardinaux justifiant l'existence des procédures de passation des contrats publics⁷⁶². L'émergence des principes d'égal accès à la commande publique et d'égalité devant la commande publique est confirmée ensuite dans la jurisprudence des juges ordinaires.

b : La réception du principe par les juges ordinaires.

Le Conseil d'État reprend la logique instituée par le Conseil constitutionnel en introduisant dans sa jurisprudence la notion « *d'égal accès aux marchés publics* »⁷⁶³, qui fait écho à l'égalité d'accès dans l'octroi des délégations de service public mentionnée par le juge constitutionnel⁷⁶⁴. Le Conseil d'État intègre ensuite le principe d'égal accès à la commande publique dans sa jurisprudence ultérieure à la décision du juge constitutionnel du 22 août

constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ».

⁷⁵⁹ CC, décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, Rec. p. 211 ; AJDA 2004. 2365 ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier – CC, décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, Rec. p. 319 ; D. 2007. 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut et A. Jeammaud ; *ibid.* 2008. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Dr. soc. 2007. 1221, étude V. Bernaud ; RFDA 2007. 1283, chron. A. Roblot-Troizier – CC, décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, Rec. p. 341 ; AJDA 2008. 1664, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud – CC, décision n° 2009-575 du 12 février 2009, *Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, Rec. p. 48 ; AJDA 2009. 286 ; RFDA 2009. 580, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud – CC, décision n° 2012-651 du 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, Rec. p. 155 ; AJDA 2012. 625.

⁷⁶⁰ CC, décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, préc. – CC, décision n° 2009-575 du 12 février 2009, préc. ; CC, décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, préc.

⁷⁶¹ CC, décision n° 2003-473 du 26 juin 2003, préc.

⁷⁶² G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 602 et s. : l'auteur fait du principe d'égal accès à la commande publique un principe « *au cœur de la commande publique* ».

⁷⁶³ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, Rec. p. 492 ; RFDA 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 8, obs. P. Soler-Couteaux ; AJDA 2000. 1066 ; *ibid.* 987, chron. M. Guyomar et P. Collin – CE, 27 juillet 2001, *CAMIF c/ UGAP*, n° 218067, Rec. p. 402 ; BJCP 2001. 497, concl. C. Bergeal ; RDI 2002. 61, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD com. 2002. 53, obs. G. Orsoni – CE, 24 septembre 2003, *Camif*, n° 240604, Rec. T. p. 704 ; *Contrats et marchés publ.*, 2003, comm. 226, note. Ph. Delelis.

⁷⁶⁴ CC, décision n° 92-316 du 20 janvier 1993, préc.

2002⁷⁶⁵, abandonnant ainsi le terme d'égal accès aux marchés publics⁷⁶⁶. Les juges du palais royal font découler de ce principe les trois principes fondamentaux de la commande publique, rappelés par l'article 1^{er} du Code des marchés publics⁷⁶⁷, leur apportant ainsi une source intermédiaire avec la DDHC⁷⁶⁸. Il est à noter que le Conseil d'État a recours à ce principe seulement dans les contrôles relatifs à la passation et à la réglementation des marchés publics. Ce principe n'est donc pas utilisé lorsqu'il s'agit d'un autre contrat de la commande publique, notamment les délégations de service public. S'agissant du principe d'égalité devant la commande publique, il n'est que très rarement réquisitionné par le Conseil d'État, qui lui préfère le principe d'égal accès, contrairement au juge constitutionnel qui a définitivement abandonné l'égal accès au profit de l'égalité devant la commande publique.

L'analyse des jurisprudences constitutionnelles et ordinaires dévoile par conséquent l'émergence de principes spécifiques au droit de la commande publique, dont l'assise est plus large que les principes de liberté, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Il s'agit des principes d'égalité devant la commande publique et d'égal accès à la commande publique. La consécration de ces principes généraux amène à s'interroger sur leur utilisation dans l'élaboration d'un socle pérenne du droit de l'achat public. Si l'idée est séduisante, elle ne peut être menée à bien dans la mesure où l'utilisation de ces principes ne permet pas d'en déterminer la substance et la portée.

⁷⁶⁵ CC, décision n°2002-460 du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, préc.

⁷⁶⁶ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006. p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch – CE, 9 août 2006, *Association des avocats conseils d'entreprises*, n° 286316 – CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc. – CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *Rec.* p. 17 ; *AJDA* 2010. 239 ; *ibid.* 561, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; *D.* 2010. 506, et les obs. ; *Constitutions* 2010. p. 410, obs. P. De Baecke ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, repère 3, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *BJCP* 2010, p. 189, concl. N. Boulouis ; *RJEP* 2010, comm. 23, concl. N. Boulouis ; *Dr. adm.* 2010, comm. 54, note F. Melleray ; *JCP Adm.* 2010. 2068, note F. Linditch. – CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14 – CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279 ; *AJDA* 2010. 706 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 165, obs. W. Zimmer.

⁷⁶⁷ A. VIDAL-NAQUET, comm. sous CE, 10 février 2010, *Perez*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30 - janvier 2011.

⁷⁶⁸ Le Conseil d'Etat rattache les trois principes de la commande publique à l'égal accès à la commande publique pour la première fois dans la décision du 23 février 2005, *ATMMP*, préc. : « considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code, selon lequel : Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

II : L'utilisation inopportune d'un principe plus général en droit de la commande publique.

L'émergence des principes d'égal accès à la commande publique et d'égalité devant la commande publique amène à s'interroger sur leur utilisation pour encadrer le droit des contrats publics. Ces principes, sans avoir un champ fonctionnel trop étendu comme le principe général d'égalité, paraissent suffisants pour constituer un principe transversal et matriciel du droit de la commande publique. Étant la source directe des trois principes classiques de la commande publique, ils disposent de l'ensemble des fonctions et obligations nécessaires à la stabilité juridique de la matière. À condition d'en définir les contours, le recours à l'un de ces deux principes peut être une solution à la confusion actuelle des fonctions des trois principes de la commande publique. Si cette solution peut être envisagée, elle ne semble pas opportune, dans la mesure où ces principes disposent d'un contour juridique incertain, et dont la légitimation alimente la stratification problématique des sources du droit de la commande publique.

L'utilisation du principe d'égal accès à la commande publique ou du principe d'égalité devant la commande publique pour fédérer le droit des contrats publics s'avère délicate, ces derniers ne disposant ni d'une définition, ni d'une portée précise. Le Conseil constitutionnel ne les a pas défini ; les commentaires internes au Conseil constitutionnel non plus⁷⁶⁹, et aucun ne figure dans un texte de droit interne ou de droit de l'Union européenne. Par conséquent, bien qu'ils soient parfois qualifiés de « *principe fédérateur des autres principes et règles propres à la commande publique* »⁷⁷⁰, les principes d'égal accès à la commande publique et d'égalité devant la commande publique souffrent de l'absence d'une définition et d'un statut précis⁷⁷¹. Le concept d'égal accès reste assez insaisissable⁷⁷², à tel point qu'il est légitime de s'interroger sur son existence juridique en droit positif. La jurisprudence des juges ordinaires

⁷⁶⁹ Pour la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°15, 2003, p. 31 à 38.

⁷⁷⁰ C. CANTIÉ, « L'objectif d'égal accès à la commande publique est-il assuré ? », *Contrats publics*, n° 69, septembre 2007, p. 52.

⁷⁷¹ Y. GAUDEMET, « libres propos sur droit des contrats administratifs », *CJEG* 2004, n° 605, p. 5 : « le principe d'égalité devant la commande publique », à supposer qu'il existe et qu'il ait une valeur constitutionnelle, ne signifie certainement pas que tous les opérateurs doivent avoir accès à tous les contrats (...). L'égalité n'a rien à voir avec la configuration spécifique de chaque type de contrat qui fait – en droit privé comme en droit public – que les cocontractants possibles se recrutent dans un cercle de professionnels limités ».

⁷⁷² C. CANTIÉ, art. préc.

ne permet pas de dégager une définition précise de ces principes, puisque le Conseil d'État y fait référence rarement. En effet, il est difficile de trouver des décisions utilisant les principes constitutionnels applicables à la commande publique dégagés par le Conseil constitutionnel. À cet égard, Hélène Hoepffner souligne qu' « à la question de savoir « que deviennent les décisions du Conseil constitutionnel, une fois celles-ci rendues », nous serions tentées de répondre, pour la rubrique consacrée aux contrats administratifs, « pas grand chose ». (...) même en analysant la jurisprudence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, notre quatuor peine à trouver des décisions s'appropriant les principes constitutionnels applicables à la commande publique dégagés par le Conseil constitutionnel »⁷⁷³. La raison d'un tel abandon « tient à l'absence de clarté des principes constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel depuis 2001 et plus exactement à la difficulté d'interpréter la portée du « principe d'égalité devant la commande publique »⁷⁷⁴.

Il est par conséquent difficile de délimiter les contours de ces deux principes afin de les ériger en dogme du droit de la commande publique, dès lors qu'ils disposent d'une portée trop étendue et d'une fonction trop imprécise. Ainsi, « les principes dégagés par le Conseil constitutionnel, au demeurant postérieurement au juge administratif, n'ont pas d'utilité pour le Conseil d'État »⁷⁷⁵. Tout au plus pourrait-il servir à préciser le champ d'application des principes « rappelés » par l'article 1er du Code des marchés publics⁷⁷⁶. Dès lors, bien que « la création d'un tel principe spécifique à la matière démontre l'importance qu'on veut lui donner au sein de celle-ci »⁷⁷⁷, il n'est pas opportun de revenir à un principe plus général pour fédérer le droit de la commande publique, car les principes dégagés par le Conseil constitutionnel ne disposent ni d'une définition, ni d'une assise certaine.

De plus, l'utilisation pérenne de ces principes confirmerait la stratification déjà existante des sources normatives du droit de la commande publique. En effet, l'émergence de tels principes n'a pas eu pour effet de clarifier la réglementation de l'achat public, puisqu'elle a finalisé le phénomène de stratification des sources et des principes. Actuellement, le juge a le choix de se fonder sur le droit de l'Union européenne, sur les sources constitutionnelles matérialisées par l'un des deux principes sus-évoqués, ou sur le triptyque classique constitué de la liberté

⁷⁷³ H. HOEPFFNER, comm. sous CE, 27 octobre 2011, *Société TAT*, n° 350790 et sous TA Dijon, 13 septembre 2011, n° 1101943, *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013, p. 232.

⁷⁷⁴ *Idem*.

⁷⁷⁵ A. VIDAL-NAQUET, comm. préc.

⁷⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷⁷ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 603.

d'accès, de l'égalité de traitement et de la transparence des procédures. Cette stratification des normes et principes est source d'instabilité, dans la mesure où elle soulève de nombreuses interrogations conceptuelles et notionnelles, comme, par exemple, la distinction entre l'égal accès et l'égalité devant la commande publique, ou entre l'égalité de traitement et la non discrimination.

Si les mots ont un sens, la tâche de différenciation de tous ces principes, dont la dénomination est différente, est malaisée. Comme le souligne Yves Gaudemet, « *le vocabulaire du droit de la commande publique, caractérisé par la succession et l'empilement de termes non juridiques pour les uns, polysémiques pour les autres, tout ceci donne un sentiment de flou, d'imprécis que parfois même, semble-t-il, les promoteurs des réformes de la matière entretiennent comme un leurre* »⁷⁷⁸. Gregory Kalflèche tente de distinguer par exemple l'égalité d'accès et l'égalité de traitement, qui semblent assez proches conceptuellement et fonctionnellement⁷⁷⁹, mais cette démarche reste infructueuse. En outre, ces interrogations se fondent uniquement sur les principes utilisés par les pouvoirs normatifs ou les juges, alors qu'en doctrine, il existe également une palette très déstabilisante de principes de la commande publique⁷⁸⁰, qui n'apporte pas un éclaircissement sur les fondements du droit de la commande publique.

Par conséquent, il n'existe aucun intérêt à introduire, entre les principes à caractère général de la DDHC et les principes fondamentaux de la commande publique, un principe « intermédiaire ». Tout au plus servirait-il à légitimer l'existence des trois principes fondamentaux de la commande publique qui en découlent. Toutefois, cette légitimité n'est pas à rechercher, les trois principes ayant été largement consacrés tant par les pouvoirs normatifs, les juges administratifs et judiciaires, que la doctrine. Leur consécration récente et leur statut ne rendent pas nécessaire une légitimation intermédiaire avec les sources constitutionnelles du droit de la commande publique. Dès lors, il n'est pas opportun de donner une assise aux

⁷⁷⁸ Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse : bilan et perspectives du processus de réforme du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 12.

⁷⁷⁹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 602 : « *l'égalité d'accès est un principe général qui va principalement guider le législateur ou l'auteur des réglementations et le contraindre à mettre en place des procédures de passation ; l'égalité de traitement étant celle qui va – principalement encore – préciser le contenu de ces procédures de passation et les discriminations possibles* ».

⁷⁸⁰ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 182.

principes d'égal accès ou d'égalité devant la commande publique, dont les contours sont trop incertains⁷⁸¹ du fait de l'absence d'une définition précise de leur fonction.

Le retour à un principe plus général étant écarté, il convient de se pencher sur la deuxième solution à la confusion fonctionnelle des principes de la commande publique, qui consiste à leur donner une singularité fonctionnelle dont découleront de réelles possibilités de définir leur contenu précis.

B : La recherche indispensable d'une définition des fonctions propres des principes.

En raison de l'impossibilité de revenir à un concept plus général et du fait de la complexité latente du droit des contrats publics, la définition précise des principes de la commande publique est nécessaire⁷⁸². Bien qu'étant liés dans leur fonction générale⁷⁸³, l'objectif est de préciser leurs fonctions propres (II), dans la mesure où ces trois principes ne sont pas de la même « essence »⁷⁸⁴ (I). Cette démarche de clarification des fonctions propres des principes permet de remédier à la confusion actuelle de leurs fonctions respectives.

I : Des principes d'une « essence » différente.

Les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures ne sont pas de la même essence⁷⁸⁵, et doivent par conséquent être distingués. Cette différence dans la substance des principes est assez aisée à dresser, puisque leur analyse démontre qu'ils n'ont pas la même logique, ce qui nécessite une différenciation de leurs fonctions respectives. L'égalité de traitement des candidats, dont le caractère fondamental n'est pas discutable, est un principe constant de droit administratif, tandis que la transparence

⁷⁸¹ Pour une thèse inverse, voir C. CANTIÉ, art. préc., p. 52 : « *l'égal accès à la commande publique ne constitue pas simplement un objectif politique mais correspond à une règle de droit qui structure l'ensemble du droit de la commande publique* ».

⁷⁸² Ch. BRECHON-MOULENE, « Actualité des marchés publics : synthèse », *AJDA* 1994, p. 122 : « *le droit des marchés publics doit reposer sur des principes sûrs* ».

⁷⁸³ Cf. *Supra*, Chapitre 1.

⁷⁸⁴ Le terme « *d'essence* » est emprunté à N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *BJCP* n° 70, pp. 189 et s.

⁷⁸⁵ *Idem*.

des procédures est un principe protéiforme issu de la science administrative⁷⁸⁶. La liberté d'accès à la commande publique recouvre, quant à elle, une dimension économique, puisqu'elle découle, en droit interne, de la liberté du commerce et de l'industrie⁷⁸⁷ et qu'elle est souvent rattachée aux principes de libre échange du droit de l'Union européenne⁷⁸⁸. Par conséquent, la différence de logique entre les principes est certaine, le caractère économique de la liberté d'accès se distinguant nécessairement de l'esprit de science administrative de la transparence ainsi que du caractère fondamentalement administratif de l'égalité.

Cette différence de logique peut expliquer le fait qu'il soit conféré à la liberté d'accès et à la transparence, à l'inverse de l'égalité de traitement, une dimension relative. En effet, *« l'exigence d'une liberté d'accès à la commande publique comme celle de transparence, (...) ne sont que des moyens pour parvenir à une fin. Même s'il y concourt également, le principe d'égalité ou de non discrimination est d'une essence différente. Il s'applique dans cette matière parce qu'il n'y a aucune raison qu'il en soit exclu et parce qu'il est une fin en soi »*⁷⁸⁹. Aussi, *« la transparence comme la liberté d'accès sont donc de ce fait des notions relatives »*⁷⁹⁰. Cette analyse est ultérieurement reprise, notamment par Jean-David Dreyfus, qui souligne que *« la transparence comme la liberté d'accès ne sont que des notions relatives »*⁷⁹¹. Il est vrai que le Conseil constitutionnel n'a pas consacré un principe général de transparence dans la passation des contrats, ni de liberté d'accès à la commande publique, alors qu'il fait application en ce domaine de l'omniprésent principe d'égalité qui n'a rien de spécifique aux contrats administratifs⁷⁹². Cette différence d'essence n'a jamais été soulignée en droit positif, les textes et les juges ne distinguant pas les principes. Dans le discours doctrinal, elle est peu évoquée, Nicolas Boulouis étant l'un des rares auteurs à souligner cette différence conceptuelle entre les principes de la commande publique⁷⁹³.

Cette différence dans la portée des principes n'est pas propre au droit de la commande publique, car les nombreux essais de classification des principes en droit démontrent qu'il

⁷⁸⁶ Ch. MAUGÜÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 609.

⁷⁸⁷ CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p. 362 ; D. 1951.589, concl. F. Gazier, note J. C.

⁷⁸⁸ C. EMERY, art. préc. pp. 2269 et s.

⁷⁸⁹ N. BOULOUIS, concl. préc., p. 191.

⁷⁹⁰ *Idem*.

⁷⁹¹ J.-D. DREYFUS, note sous CE, 10 février 2010, *Pérez*, AJDA 2010, p. 561.

⁷⁹² L. RICHER, « Constitution, contrats et commande publique », art. préc., p. 40.

⁷⁹³ N. BOULOUIS, concl. préc.

n'existe pas une catégorie unique de principes, mais une multitude de concepts et de fonctions au sein de l'appellation générale de « principe », dont les essences sont fondamentalement différentes⁷⁹⁴. Cette différence justifie d'entreprendre une démarche de définition des fonctions respectives des principes de la commande publique, afin de remédier à la confusion fonctionnelle actuellement existante.

II : La nécessité subséquente d'une définition des fonctions respectives des principes.

L'entreprise de définition des fonctions respectives des principes au sein de l'ensemble qu'ils forment est nécessaire à double titre : d'une part, pour l'édiction des règles de la commande publique ; d'autre part, pour le contentieux des contrats de la commande publique. Cette détermination des fonctions propres permettrait en effet d'apporter un encadrement stable et clair au droit des contrats⁷⁹⁵, la prolifération récente des différents régimes et règles de passation et les débats doctrinaux sur leur champ d'application démontrant l'absence actuelle d'un tel cadre⁷⁹⁶. Certes, c'est actuellement la fonction générale des principes pris dans leur ensemble qui détermine, en amont, l'édiction des règles relatives au droit de la commande publique. Mais la portée des principes est incertaine, et la naissance d'un droit commun de la commande publique⁷⁹⁷ nécessite de connaître les implications particulières à chacun⁷⁹⁸. Dès lors, une définition des fonctions propres à chaque principe s'avère utile pour l'édiction et le contrôle des règles du droit de la commande publique.

⁷⁹⁴ Voir en ce sens F. MODERNE, « Principes fondamentaux, principes généraux : Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998 pp. 495 et s. – F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999 pp. 722 et s. – A. JEANMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, pp. 49 et s. – G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine : Sur quelques écoles de définition des principes », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. Economica, pp. 77 et s. – C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union Européenne », in *Le droit de l'Union Européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de J. RAUX*, Apogée, 2006, pp. 99 et s. – G. PROTIERE, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle », *RDP* 2008, pp. 259 et s.

⁷⁹⁵ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 593.

⁷⁹⁶ Le Code des marchés publics est un bon exemple : en l'espace de 5 ans, trois codes différents ont vu le jour : en 2001, en 2004 et en 2006.

⁷⁹⁷ Expression apparue pour la première fois dans CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

⁷⁹⁸ F. LLORENS et P. SOLER COUTEAUX, « La contribution du Conseil d'État au droit commun de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, repère 4.

En outre, une précision sur les fonctions respectives des principes permettrait également de déterminer avec plus d'exactitude la mise en œuvre technique des différentes procédures de mise en concurrence. La passation est un enchaînement chronologique de plusieurs phases, qui répondent à des objectifs distincts en fonction de son déroulement. Il existe par exemple une différence de logique significative entre la publicité préalable, la sélection des candidatures et la sélection des offres. Or, l'ensemble constitué par les trois principes, qui poursuit des objectifs de caractère général, ne peut valablement servir de support à toutes ces étapes techniques de passation lorsque les textes ne sont pas assez précis. De plus, la catégorie des contrats de la commande publique est constituée d'une multitude de contrats dont les logiques et les objets sont différents. Une différenciation des principes permettrait une malléabilité de leur utilisation pour tel ou tel type de contrat, en fonction de son objet et de son impact économique. Enfin, la détermination des principes permettrait d'avoir un régime minimum applicable aux contrats de la commande publique⁷⁹⁹.

La définition précise des principes servirait également pour le contentieux des contrats de la commande publique, de manière générale d'abord. Ces derniers sont utilisés par quatre juges différents : le juge de l'Union européenne, le juge administratif, le juge judiciaire, le juge constitutionnel. Or, il est une question importante, celle de l'unification du contenu de ces principes entre les différentes interprétations qu'en font les juges, une divergence pouvant être source d'insécurité juridique⁸⁰⁰. Pourtant, des différences d'interprétations existent, ne serait-ce qu'entre le juge judiciaire et les juges administratif et européen⁸⁰¹. L'analyse de la jurisprudence du juge judiciaire démontre qu'il existe une absence de consensus sur la dynamique générale des principes de la commande publique, notamment sur leur application dans le silence des textes.

Ensuite, de manière plus précise, les juges ont souvent à se prononcer sur des obligations procédurales ciblées lorsqu'ils sont saisis de litiges relatifs à des éléments techniques des procédures de passation. Une définition exacte des fonctions de chacun des principes permettrait, d'une part, de déterminer quel principe est applicable à telle phase de la procédure et, d'autre part, d'en faire découler des implications précises pour justifier la sanction ou l'obligation retenue par le juge. Les juges peuvent également être saisis de litiges

⁷⁹⁹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 593.

⁸⁰⁰ *Idem.*

⁸⁰¹ Cf. *Supra*, Chapitre 1.

relatifs à des contrats dont la passation n'est pas formalisée, tels que les délégations de service public⁸⁰² ou les marchés à procédure adaptée, les textes laissant une certaine marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la procédure. Le contentieux de ce type de contrats peut s'avérer délicat pour le juge, dans la mesure où ce dernier est amené à répondre à des questions techniques sans un appui textuel. Or, comme s'interroge Grégory Kalfleche, « *comment sanctionner une passation pour non respect d'un principe, en dehors de toute procédure fixée par les textes, si ce dernier n'est pas suffisamment déterminé de façon détaillé et explicite ?* »⁸⁰³. Le contrôle du caractère adapté des supports de publicité retenus par l'autorité adjudicatrice est un exemple parlant. Il est acquis que la régularité de la publicité préalable ne peut être contrôlée par le juge « *qu'à l'aune des objectifs impérieux d'égalité, de liberté et de transparence* »⁸⁰⁴. Un tel contrôle, relativement précis, peut s'avérer complexe au regard des trois principes de la commande publique pris dans leur ensemble, qui poursuivent des objectifs aux contours étendus.

Enfin, certains contentieux peuvent donner lieu à la conciliation de deux principes de la commande publique. C'est le cas du conflit d'intérêts, qui est la situation dans laquelle le résultat d'une procédure de passation est susceptible d'avoir été affecté par la participation d'une personne en situation de conflit⁸⁰⁵. Le conflit est caractérisé par l'existence d'un lien entre une personne siégeant dans la commission ou l'entité chargée de choisir l'attributaire du contrat, et une entreprise candidate. En outre, le juge doit rechercher si la personne en situation de conflit a joué un rôle important pour faire naître un doute sur l'impartialité de la décision. Cette catégorie de litige oppose le principe de liberté d'accès de l'entreprise soumissionnaire, susceptible d'avoir un lien avec une personne délibérante, et le principe d'égalité de traitement des autres candidats, qui peuvent faire l'objet d'une différence de traitement avec l'entreprise. Ce type de contentieux nécessite par conséquent l'existence d'un certain équilibre entre ces deux exigences⁸⁰⁶. Or, trouver un juste équilibre entre les principes

⁸⁰² Voir en ce sens G. ECKERT, comm. sous CE, 1^{er} avril 2009, *CUB et Société Kéolis*, RDP n°1, 2010, p. 219 : l'auteur souligne les insuffisances du régime actuel des délégations de service public, composé pour l'essentiel des règles issues de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi *SAPIN*.

⁸⁰³ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 599.

⁸⁰⁴ A. CLEYS, note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, RDP n° 4, 2006, p. 1079.

⁸⁰⁵ Art. L.2131-11 du CGCT : « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.* ». V. également CE, 27 juillet 2001, *Société Degrémont*, n° 232820, *Rec.* p. 413.

⁸⁰⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 355756, *BJCP* n° 84, 2012, p. 343.

de liberté et d'égalité peut s'avérer délicat si ces derniers n'ont pas une fonction autonome et précise.

La réunion de l'ensemble des ces éléments dévoile qu'une approche de singularisation des fonctions des principes est nécessaire à la stabilité et à l'intelligibilité du droit de la commande publique.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

Les fonctions de l'ensemble formé par les trois principes sont clairement identifiées ; en revanche, les fonctions propres à chaque principe de la commande publique ne sont pas précisément connues, dès lors qu'une recherche dans le droit positif et dans le discours doctrinal révèle l'existence d'une imprécision et d'une confusion de la portée de chacun. C'est la consécration de la transparence en un principe fondamental du droit de la commande publique qui a créé cette confusion fonctionnelle, puisque la portée de cette dernière se recoupe avec celle des deux autres principes. L'inexistence d'une fonction propre à chaque principe, à l'intérieur du socle qu'ils composent, s'avère problématique lorsqu'il s'agit d'édicter ou de sanctionner, au contentieux, les règles inhérentes au droit de la commande publique⁸⁰⁷. Le recours à un principe plus général d'égalité lié à la commande publique ayant été écarté, il convient de rechercher un moyen de singulariser chaque principe à l'intérieur du socle qu'ils forment afin de remédier à cette confusion fonctionnelle.

⁸⁰⁷ C'est l'idée qui prévaut dans la thèse de G. KALFLECHE, *op. cit.*

CONCLUSION DU TITRE 1 :

Il prévaut actuellement une conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique, dans la mesure où, présentés comme formant un ensemble homogène, ils poursuivent des objectifs communs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché intérieur à la concurrence. Toutefois, cette conception unitaire ne permet pas de préciser les fonctions propres des principes à l'intérieur de l'ensemble qu'ils constituent. N'étant pas de la même essence⁸⁰⁸, ces derniers doivent être appréhendés individuellement afin de préciser leur fonction. Par conséquent, la conception unitaire, bien que pertinente, présente une certaine insuffisance. Afin de remédier à cette problématique, il convient de trouver une nouvelle clé de lecture des principes, qui permettrait d'apporter une singularité fonctionnelle dans le tout qu'ils forment.

⁸⁰⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, préc., p. 189.

Titre 2 :

LA PERTINENCE D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

L'analyse du droit positif et du discours doctrinal révèle la nécessité d'appréhender une nouvelle clé de lecture des principes de la commande publique, dans l'objectif de préciser les fonctions respectives à chacun au sein de l'ensemble qu'ils forment. Le temps, et ses conséquences sur le droit, sont les éléments de cette nouvelle clé de lecture. En d'autres termes, l'appréhension temporelle du droit constitue un outil qui, appliqué au droit de la commande publique, permet de préciser les fonctions propres à chaque principe. Après une étude approfondie du régime du droit de la commande publique, l'existence d'une prégnance du temps et de la chronologie sur l'ensemble des processus d'achat public est dévoilée. À partir de cette analyse temporelle du droit de la commande publique, il est possible de dégager plusieurs phases successives qui poursuivent chacune un objectif précis et spécifique du processus d'achat public. Ces phases sont communes à l'ensemble des procédures de passation, et leur détermination permet de systématiser les temps de la commande publique (**Chapitre 1**).

À partir de cette systématisation qui constitue une grille de lecture organisée du processus d'achat, il est possible de singulariser les fonctions propres à chaque principe. En rattachant les logiques principielles aux logiques temporelles, les fonctions de chaque principe ainsi que leur articulation dans le temps sont précisées. C'est donc par l'analyse des finalités des temps de la commande publique qu'il est possible de déterminer les finalités propres à chaque principe, dans la mesure où « *le regard théorique le plus pertinent est l'explication par les finalités* »⁸⁰⁹. Il existe par conséquent une véritable temporalité des fonctions des principes de la commande publique (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La temporalité certaine du droit de la commande publique.

Chapitre 2 : La temporalité subséquente des fonctions des principes de la commande publique.

⁸⁰⁹ C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, thèse, LGDJ 1982, p. 314.

CHAPITRE 1 :

La temporalité certaine du droit de la commande publique.

L'appréhension du temps dans le droit démontre que cet élément joue un rôle fondamental dans le processus d'achat public, qui est traversé par une véritable chronologie structurant et sanctionnant le régime de la commande publique (**Section 1**). Il existe par conséquent une relation entre ce dernier et le temps, dont il convient de tirer des conséquences pratiques. À partir de l'étude de ce lien entre le temps et le processus d'achat public, en dégagant des objectifs chronologiques spécifiques, il est possible de procéder à une véritable systématisation des temps de la commande publique (**Section 2**).

Cette conceptualisation permet de dégager une grille de lecture temporelle des procédures de passation, tranchant avec la conception uniforme du processus d'achat public. Cette analyse dévoile qu'il existe, dans chaque procédure de passation, différentes phases chronologiques animées par des objectifs précis qui structurent l'ensemble du droit de la commande publique. C'est sur le fondement de cette grille de lecture que doivent être précisées les fonctions propres à chaque principe de la commande publique, car c'est à partir de cette systématisation qu'il est possible d'adopter une conception temporelle des fonctions respectives de chaque principe.

SECTION 1 : La détermination préalable d'une temporalité du droit de la commande publique.

Les études relatives aux relations entre le droit et le temps démontre que ce dernier dispose d'une emprise certaine sur le droit. La commande publique n'échappe pas à cette emprise, puisque cette matière fait l'objet d'une structuration chronologique dont l'existence et l'importance doivent être dévoilées (**Paragraphe 1**). L'existence de dates, de délais, d'étapes à respecter dans un ordre précis, et dont la méconnaissance est sanctionnée par le juge, témoigne de l'importance du facteur temporel dans le droit de la commande publique.

Ainsi, cette matière bénéficie d'une véritable structuration par le temps qu'il convient de préciser (**Paragraphe 2**). C'est cette temporalité du droit de la commande publique qui permettra de préciser les fonctions propres à chaque principe.

Paragraphe 1 : Les vérifications préliminaires de la prépondérance du temps sur le droit de la commande publique.

Selon Philippe Léger, « *il est rare que des juristes s'assemblent dans la grande salle d'audience d'un tribunal et prennent le temps de réfléchir ... sur le déroulement du temps* »⁸¹⁰.

La relation existant entre le temps et le droit paraît aujourd'hui évidente, même si les partisans de la philosophie des jusnaturalistes ont pu renier une telle relation⁸¹¹. Pourtant, « *l'idée que le droit pourrait échapper au temps est un artifice : rien, à notre connaissance, de ce qui fait partie du monde des hommes n'échappe au temps. Il n'y a pas de raison que le droit jouisse d'un statut particulier parmi les œuvres humaines* »⁸¹². Après l'analyse des relations qui existent entre le temps et le droit (**A**), il convient d'appréhender la place du temps en droit de la commande publique (**B**). En effet, les travaux sur le temps et le droit trouvent un prolongement et un écho certains en droit de la commande publique, dans la mesure où les recherches sur cette relation permettent de démontrer que le temps dispose d'une emprise évidente sur le processus d'achat public.

⁸¹⁰ P. LEGER, « Introduction », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 3.

⁸¹¹ G. LEBRETON, « Préface », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque, 2008, Lexisnexis, p. XIII : « *contre cette relativité du droit, que d'aucuns jugent effrayante, le jusnaturalisme s'efforce d'accréditer l'existence d'un droit naturel, c'est-à-dire d'un ensemble de règles juridiques stables et universelles, capables de relever les défis du temps et de l'espace* ».

⁸¹² D. BARANGER, « Le temps du droit », *Rev. Adm.*, n° spéc. « Le temps administratif », 2000, p. 33.

A : Les relations usuelles entre le temps et le droit des contrats.

Selon François Ost, « *la théorie des rapports qui se nouent entre le droit et le temps reste sans doute à faire. On n'aperçoit pas aujourd'hui d'ouvrage de synthèse sur le sujet. (...) La théorie du droit met parfois en lumière tel ou tel aspect du rapport droit-temps, sans que ceux-ci soient intégrés dans une représentation d'ensemble* »⁸¹³. Il est vrai que le temps est un élément « *dont la présence n'a sans doute pas été suffisamment analysée et dont l'importance semble avoir été quelque peu minorée* »⁸¹⁴. Mais depuis cette allocution de François Ost, l'intérêt de la relation entre le temps et le droit s'est développé. Nombreux sont les colloques, ouvrages ou études qui mentionnent les innombrables aspects de la relation entre le temps et le droit, notamment sur l'appréhension et la compréhension du droit par le temps⁸¹⁵.

Le temps est un élément qui présente la caractéristique de permettre « *le contact immédiat avec le réel* »⁸¹⁶ et de « *ramener vers le concret* »⁸¹⁷. À ce titre, le temps dispose d'un caractère fondamental dans l'appréhension du droit. Comme l'affirme Marie-Anne Frison-Roche, « *le temps est la marque de l'aventure humaine dans la mesure où l'homme se développe dans des activités qui débutent, se déploient et s'achèvent* »⁸¹⁸. Le droit est une de ces activités, pour reprendre les termes de l'auteur, qui débute, se déploie et s'achève. Par conséquent, et de manière générale, la donnée temporelle marque le développement du droit (I). Cette formule est incontestablement transposable au droit des contrats (II), qui est le support d'une activité mouvante dans le temps.

⁸¹³ F. OST, « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 115.

⁸¹⁴ D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, p. 2.

⁸¹⁵ Voir notamment, pour des études assez récentes : P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexus – « Le temps administratif », *Rev. Adm.*, n° spéc. 2000 – *Le temps et le droit*, Publication des actes des journées internationales de la société d'histoire du droit organisées en mai 2000, Serre, 2002 – Ph. GERARD, F. OST et M. VAN de KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2000 – S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, Pulim – J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

⁸¹⁶ R. LATOURNERIE, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie, convalescence ou jouvence », *EDCE*, 1960, p. 97.

⁸¹⁷ P. HEBRAUD, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in G. MARTY et A. BRIMO (dir.), *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Ed. Pédone, 1969, p. 206.

⁸¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 11.

I : Les relations entre le temps et le droit.

La relation entre le temps et le droit est double, puisque le temps est indéniablement un élément d'appréhension du droit, et que le droit est un élément de structuration du temps. Par conséquent, les rapports entre ces deux éléments sont intrinsèques à chacun. En effet, le temps et le droit ont de nombreuses relations dans des domaines et sujets foncièrement différents comme fondamentalement proches. Ainsi, le droit, dans chacun de ses aspects, est plus ou moins dépendant du déroulement du temps. Pour des exemples non exhaustifs de cette relation, et pour reprendre les propos de Philippe Malaurie⁸¹⁹, il est possible de trouver l'« *application de la loi nouvelle dans le temps ; lent ou brusque déroulement du procès ou de confection de la loi ; la peur de la mort, irréversible par nature ; formation souterraine de la coutume ; dates du contrat et du testament ; libéralités graduelles ; rétroactivité "de la loi nouvelle, du revirement de jurisprudence, de la condition, de la nullité et de la résolutio" ; caducité ; prescription extinctive et acquisitive ; chaque fois qu'une règle dépend du temps, la compréhension que le droit se fait du temps est plus ou moins dépendante de la règle en cause* ». Dès lors, il est possible d'affirmer qu'il existe une relation de dépendance entre le temps et le droit, expliquant l'existence des nombreuses notions que le droit a spécialement édifiées pour régir les effets juridiques qui peuvent être attachés à l'écoulement du temps. C'est le cas de la durée, de la procédure d'urgence, de l'entrée en vigueur, de l'abrogation, du préalable, de la désuétude, des délais termes ou conditions, de la prescription, du préavis et du délai raisonnable⁸²⁰.

Le temps n'est donc pas externe à la matière juridique. Bien au contraire, il existe une véritable construction juridique du temps, puisque « *le temps est toujours l'objet d'une construction sociale : à ce titre, il concerne le droit dont la fonction principale consiste à instituer un univers social porteur de sens.* »⁸²¹. Ainsi, il est un élément qui permet d'appréhender le droit, de mieux comprendre le droit, ce dernier ne pouvant se départir de la temporalité et de la durée qui s'écoule. Le temps doit donc être présenté comme un élément important dans le raisonnement des juristes, car prendre en compte le temps permet de

⁸¹⁹ P. MALAURIE, « Rapport de synthèse », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexus, p. 107.

⁸²⁰ P. FLEURY-LE GROS, « Le temps et le droit – propos préliminaires », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexus, p. XVII.

⁸²¹ F. OST, « Temps (point de vue de philosophe) », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1283.

comprendre le droit en ne le séparant pas de l'exercice de la raison⁸²². La relation entre le temps et le droit reste cependant à double sens : le temps permet d'appréhender le droit, et le droit permet de structurer cet élément insaisissable qu'est le temps.

Le temps est en effet fréquemment modelé par le droit, en ce sens que « *pour régir l'action humaine, la règle juridique manipule la durée* »⁸²³. Comme le souligne François Ost, « *affecté par le temps, le droit l'affecte en retour ; il le "temporalise" à sa manière, répondant ainsi aux multiples angoisses et dérives associées au temps qui, tel le Kronos de la mythologie, dévorait ses enfants. (...). Le temps s'institue ou se temporalise : qu'il soit privé ou public, il demande à être aménagé en vue de fournir des repères et du sens aux existences – les insérer notamment dans une durée signifiante et réaliser un équilibre satisfaisant entre stabilité et changement. On peut penser qu'il s'agit là d'une des fonctions les plus essentielles du droit* »⁸²⁴. Le temps, dans cette conception, est découpé par le droit en parties, qui forment des périodes ou des intervalles d'un ensemble sans discontinuité⁸²⁵ dans l'objectif de structurer la société.

L'écoulement du temps est donc pris en compte par le droit, et conduit le législateur à se préoccuper de questions de dates, de durée et de délais, afin de répondre aux interrogations récurrentes de la temporalité dans l'application du droit⁸²⁶. Par conséquent, le droit structure le temps : il l'organise en calendrier, en échéances, en cycles et en délais⁸²⁷. Le droit attache des effets juridiques au non-écoulement ou à l'écoulement d'une certaine durée prédéterminée⁸²⁸. Le droit impose ses impératifs au temps et lui confère certains effets comme la prescription et les délais, ou fixe certains moments comme celui de la naissance, de la

⁸²² D. BARANGER, art. préc., p. 37 : « *de manière générale, le temps se présente comme quelque chose d'important dans les raisonnements des juristes, même si cette importance demeure souvent implicite. Prendre en compte le temps conduit à voir le droit sous un autre jour, et cela à de nombreux égards. Si l'on place au centre ce qui est normalement à la marge, à savoir ce rôle joué par la temporalité, on retrouve une manière de comprendre le droit, par exemple en ne le séparant pas de l'exercice de la raison, qui est tout à fait classique. Une grande tradition de pensée juridique a aussi associé le droit au temps, de diverses manières, de même qu'il n'est en rien original de suggérer que le droit tire sa force de sa rationalité* ».

⁸²³ F. OST, « Les multiples temps du droit », art. préc., p. 115.

⁸²⁴ F. OST, *op. cit.*, p. 1283.

⁸²⁵ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 3 : « *le temps est supposé découpé en parties qui forment des périodes ou des intervalles d'un ensemble sans discontinuité* ».

⁸²⁶ G. PAISANT, « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », in *Etudes offertes au doyen P. SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 637.

⁸²⁷ M. BOTTIN, « Préface », in *Le temps et le droit*, Publication des actes des journées internationales de la société d'histoire du droit organisées en mai 2000, Serre, 2002, p. 8.

⁸²⁸ G. LEBRETON, art. préc., p. XI.

majorité, celui de la signature d'un contrat ou de l'apparition d'une décision administrative⁸²⁹. Il est naturel que le droit établisse des certitudes sur le déroulement du temps, et le droit modèle le temps jusqu'à parfois d'aller à son encontre. En effet, « *on dira que le droit bouscule parfois le déroulement du temps en anticipant l'avenir ou en revenant sur le passé. Il tolère des avancements d'hoirie et connaît des droits éventuels ; il met en place comme c'est le cas pour la condition ou la loi interprétative, des mécanismes rétroactifs* »⁸³⁰. Tel est le cas de l'hypothèse de rétroactivité des lois, des règlements, de l'annulation d'un acte administratif par le juge administratif. Dans ce cadre, « *la rétroactivité permet ce qui est en principe, impossible : remonter le temps et nier son cours* »⁸³¹. Un autre exemple de l'emprise du droit sur le temps est l'imprescriptibilité du domaine public⁸³², de la propriété⁸³³ ou des crimes contre l'humanité⁸³⁴, qui institue en quelque sorte un temps infini⁸³⁵.

Ces exemples servent à démontrer que le droit et le temps entretiennent des relations d'interdépendance : le temps a une emprise sur le droit, et le droit modèle le temps dans un objectif de structuration. Ainsi, « *le droit aménage un cadre temporel où s'inscrivent les situations juridiques* »⁸³⁶. À ce titre, François Ost⁸³⁷ révèle l'existence de sept temporalités juridiques différentes : « *le temps des fondations* », « *le temps intemporel de la dogmatique juridique* », « *le temps de l'instantané* », « *le temps de la longue durée* », « *le temps prométhéen* », « *le temps révolutionnaire* », et « *le temps de l'alternance entre l'avance et le retard* ». Il existe ainsi des « *multiples temps du droit* »⁸³⁸, et cette relation entre le temps et le droit est particulièrement prégnante en droit des contrats.

⁸²⁹ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 5.

⁸³⁰ F. OST, *op. cit.*, p. 144.

⁸³¹ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 5.

⁸³² Art. L3111-1 du CGPPP : « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ».

⁸³³ Art. 2227 du Code. civ.

⁸³⁴ Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, *JORF* du 29 décembre 1964 p. 11788.

⁸³⁵ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 5.

⁸³⁶ F. OST, *op. cit.*, p. 144.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 123 et s.

⁸³⁸ *Idem.*

II : Les relations entre le temps et le droit des contrats.

Il est vrai que « *le temps, qu'on le veuille ou non, inscrit sa trace sur toute chose* »⁸³⁹. Le droit des contrats n'échappe pas à ce constat, même si l'importance du temps dans ce domaine semble quelque peu minorée. Pourtant, le contrat s'inscrit dans le temps (**a**), et le temps peut être l'objet d'enjeux contractuels (**b**).

a : Le contrat s'inscrit dans le temps.

Le contrat s'inscrit dans le temps à plusieurs égards : de part sa formation, qui est rarement instantanée ; de part son exécution, qui s'échelonne dans le temps ; de part ses effets, qui s'inscrivent dans la durée.

D'abord, la formation du contrat s'inscrit indéniablement dans le temps. Pierre-Yves Gautier considère que dans ses rapports avec le droit, « *le temps est affaire de méthode, d'absence de précipitation et d'ordre qui ne brûle pas les étapes* »⁸⁴⁰. Cette affirmation est transposable à la formation des contrats et à sa relation avec le temps. En effet, la conclusion de la majorité des contrats s'exécute dans la méthode et par étapes. Par exemple, il est vivement conseillé de négocier avant de signer le contrat qui, une fois conclu, tient lieu de loi aux parties, ces dernières ne pouvant pas le révoquer librement⁸⁴¹. Ainsi, « *c'est le processus de formation du contrat qui peut s'échelonner dans le temps parce que, par exemple, la rencontre des volontés nécessite une phase préalable plus ou moins longue de pourparlers, ou encore, parce que la conclusion de l'accord final est précédée de celle d'un avant-contrat, telle une promesse de contracter* »⁸⁴². Dès lors, affirmer l'existence d'une instantanéité de l'acte juridique contractuel, affirmer que le droit n'appréhende pas la période précontractuelle est un leurre juridique. C'est nier l'existence des théories civilistes relatives aux pourparlers, à l'avant contrat, à la promesse. C'est oublier l'existence des procédures formalisées de passation en droit des contrats publics, qui s'échelonnent dans le temps avant que le contrat ne soit signé. Le temps dispose donc d'une emprise certaine sur la formation des contrats, qui doit

⁸³⁹ A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 78.

⁸⁴⁰ P.-Y. GAUTIER, « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque, 2008, Lexisnexus, p. 53.

⁸⁴¹ Art. 1134 du Code civ. : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* ».

⁸⁴² G. PAISANT, art. préc., p. 637.

s'analyser comme un véritable processus chronologique dont la finalité est la signature du contrat.

Par ailleurs, « *alors que la théorie consensualiste emporte l'idée que la formation du lien obligatoire se ramène à l'instant intemporel – l'étincelle magique – où deux volontés se rencontrent, des secteurs nouveaux, comme le droit du crédit, introduisent des délais de réflexion, voire de rétractation, qui mobilisent ainsi un peu de durée au secours des libertés hésitantes ou abusées* »⁸⁴³. Il est vrai que le législateur, pour certains types de contrats, prévoit l'existence d'un temps de réflexion obligatoire avant l'acceptation de l'offre contractuelle⁸⁴⁴. Il prévoit également la possibilité pour l'une des parties de se repentir ou de se rétracter⁸⁴⁵ dans un temps déterminé après la signature du contrat⁸⁴⁶. Par conséquent, pour ce type de contrat, la formation ne peut être instantanée. Dès lors, la catégorie des contrats instantanés est, dans ce cas, philosophiquement vide de sens⁸⁴⁷. De ce fait, le contrat, dans sa formation, s'inscrit dans le temps.

Il existe ensuite des relations entre le temps et l'exécution des contrats. Certes, l'exécution du contrat peut être instantanée et ne s'inscrire aucunement dans le temps. C'est le cas par exemple des contrats de vente classiques entre un particulier et un magasin. Mais de manière générale, « *le contrat de vente peut bien se former dès l'échange des consentements, il n'en demeure pas moins que la mutation qu'il entend opérer se réalise progressivement* »⁸⁴⁸. L'exécution des contrats s'inscrit, de manière générale, dans une certaine durée, déterminée ou indéterminée. La durée d'exécution du contrat, tout comme son prolongement, font partie

⁸⁴³ F. OST, « Les multiples temps du droit », art. préc., p. 127.

⁸⁴⁴ Art. L312-10 du Code de la consommation : « *l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue* » ; Art. L312-27 du Code de la consommation : « *l'offre est soumise à l'acceptation du preneur qui ne peut accepter l'offre que dix jours après qu'il l'a reçue* » ; Art. L444-8 du Code de l'éducation : « *à peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception* ».

⁸⁴⁵ S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, Coll. Thèses, Bibliothèques de droit privé, 1997 – R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227 et s. – P. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patrimoine*, 1998, p. 78 et s.

⁸⁴⁶ Art. L311-12 du Code de consommation : « *l'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit* » ; Art. L271-1 du Code de la construction et de l'habitation : « *pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte* » ; Art. L341-16 du Code monétaire et financier : « *la personne démarchée dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités* ».

⁸⁴⁷ A. SERIAUX, art. préc., p. 78.

⁸⁴⁸ *Idem*.

des éléments fondamentaux du droit des contrats. C'est le cas par exemple des contrats de travail, qui prennent la forme d'un contrat soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée. Dans ces deux cas, l'exécution du contrat s'inscrit nécessairement dans le temps. La prolongation de la durée du contrat, les avenants de modification du contrat, le pouvoir de révision des dispositions contractuelles et des pénalités convenues, sont autant d'exemples qui démontrent une relation entre le temps et l'exécution du contrat⁸⁴⁹. De plus, « *le temps sera souvent utilisé pour modeler les obligations des parties, comme pour la détermination de la durée de l'engagement ou encore le délai pour l'accomplir (...) Le code civil intervient bien, en diverses occasions, pour régler l'usage du temps par les contractants* »⁸⁵⁰. À la fin du contrat, le préavis permet de mettre un terme promptement à l'engagement contractuel, réduisant ainsi la durée du contrat, sans que la rupture du contrat soit instantanée⁸⁵¹. La résiliation permet également une extinction anticipée du contrat.

Enfin, le contrat s'inscrit dans le temps, de part ses effets. En effet, le contrat est un acte qui modifie l'ordre juridique⁸⁵², cette modification s'inscrivant dans la durée, sauf en cas d'annulation rétroactive. Le contrat reste donc un objet du temps, mais le temps peut également constituer un objet du contrat.

b : Le temps peut être un objet du contrat.

Le contrat s'inscrit dans le temps, et le temps peut être un objet du contrat⁸⁵³. En effet, le temps est « *un enjeu et un objet de gestion. Il est parfaitement exact en droit que le temps, c'est de l'argent* »⁸⁵⁴. Cette dernière affirmation concerne sans aucun doute la durée des contrats. Cette dernière, indéniablement liée au temps⁸⁵⁵, est un objet fondamental du contrat.

⁸⁴⁹ F. OST, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁵⁰ G. PAISANT, art. préc., p. 638.

⁸⁵¹ P.-Y. GAUTIER, art. préc., p. 53.

⁸⁵² A. SERIAUX, art. préc., p. 78. L'auteur propose de voir le contrat sous l'angle d'une activité dynamique : en ce sens, la meilleure définition du contrat est celle-ci : une modification volontaire de l'ordre juridique.

⁸⁵³ G. PAISANT, art. préc., p. 637.

⁸⁵⁴ D. GUTMANN, « Temps », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1469 et s.

⁸⁵⁵ Pour une distinction entre la durée et le temps, voir M.-C. KESSLER, « La durée administrative », *Rev. Adm.*, n° spécial « Le temps administratif », p. 41 : « *le temps est une suite continue. Il ne se laisse ni voir, ni toucher, ni entendre, ni même mesurer. Les horloges ne permettent pas de mesurer le temps invisible mais quelque chose de mesurable comme la durée. (...) La durée est donc une période mesurable, une réponse pendant laquelle se produit une action, un phénomène. La durée administrative peut donc être considérée en sens strict comme un cycle de temps socialement mesurable par des données telles que date, heures, années. Elle peut aussi être*

La détermination de la durée est souvent l'enjeu de fortes propensions économiques, notamment dans les contrats de construction et de travaux. Elle devient un juste équilibre à trouver afin d'opérer un calcul du rapport entre l'investissement et les bénéfices escomptés. Le temps peut ainsi devenir, entre les mains des cocontractants, un objet de commerce ordinaire. Sa domination est une prestation contractuelle comme une autre, et son utilisation négligente, un dommage réparable⁸⁵⁶. Les cocontractants disposent d'une faculté de disposer du temps, même s'ils demeurent limités dans cette faculté. Par exemple, il existe des montages contractuels licites qui « *permettent de retarder le temps par des conditions suspensives ou de revenir en arrière par des clauses de rétroactivité* »⁸⁵⁷. Le droit, avec le contrat, cherche aussi à anticiper le futur⁸⁵⁸, « *l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »⁸⁵⁹, ou à travers les promesses qui assurent, elles aussi, un futur prévisible⁸⁶⁰.

Le temps a donc indéniablement un lien intrinsèque avec le droit de manière générale, le droit des contrats en particulier. Le droit des contrats de la commande publique n'échappe pas à cette relation entre le temps et le droit. La démonstration de cette emprise du temps sur le processus d'achat public permettra de démontrer qu'il existe une conception temporelle des fonctions des principes fondamentaux de la commande publique.

B : Les relations caractéristiques entre le temps et le droit de la commande publique.

Le droit de la commande publique n'échappe pas à l'emprise du facteur temps, dès lors que l'analyse du droit positif dévoile l'existence d'une véritable chronologie de la formation et du régime des contrats de la commande publique (I). Ainsi, cette matière peut faire l'objet d'une approche temporelle, le temps structurant et sanctionnant le régime des contrats. Il est vrai qu'en droit des contrats de la commande publique, « *il n'y a pas une*

examinée de façon plus souple en séquences définies largement, temps passé, temps présent, temps à venir. La notion de durée rencontre alors celle de temps » ».

⁸⁵⁶ D. GUTMANN, art. préc., p. 1469 et s.

⁸⁵⁷ *Idem*.

⁸⁵⁸ A. SERIAUX, art. préc., p. 77.

⁸⁵⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1916, p. 201.

⁸⁶⁰ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 6.

conjonction d'actes mais une succession chronologique d'actes »⁸⁶¹ qui révèle l'existence d'un processus chronologique de formation et d'exécution du contrat. Le temps est également un enjeu contractuel dans le droit de l'achat public. La détermination et la prolongation de la durée des contrats de la commande publique révèlent l'existence de cet enjeu contractuel (II). La démonstration de cette relation entre le temps et les contrats de la commande publique permet de singulariser la fonction des principes, en utilisant cette approche temporelle qui caractérise le droit de la commande publique.

I : La structuration du régime des contrats de la commande publique par le temps.

Il existe un lien entre le temps, le déroulement du temps, et le droit des contrats de la commande publique. Pourtant, ce lien général entre temporalité et commande publique n'est pas mis en exergue par le discours doctrinal, ce qui, au regard des développements antérieurs, peut sembler surprenant⁸⁶². Les recherches sur le droit et le temps mettent en avant les rapports entre la théorie civiliste des avant-contrats et le temps de formation des contrats de droit privé⁸⁶³, ou sur les distinctions temporelles entre le temps de la formation et de l'exécution⁸⁶⁴. Mais aucun développement n'est consacré au temps des contrats de la commande publique. Pourtant, le régime de ces contrats s'inscrit indéniablement dans un processus⁸⁶⁵ particulier emprunt d'une temporalité certaine. Au processus de formation et de mode de conclusion du contrat⁸⁶⁶ s'en suit un processus d'exécution du contrat, avec le respect nécessaire d'une certaine chronologie.

⁸⁶¹ M. BUNEL, *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2014, p. 304.

⁸⁶² P.-Y. GAHDOUN évoque, dans le cadre de sa thèse, la pérennité contractuelle des contrats administratifs, qui serait un aspect temporel de la liberté contractuelle : P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, pp. 191 et s.

⁸⁶³ À ce titre, pour un essai sur la théorie de l'avant contrat en droit public, voir O. FEVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP* 2008, n° 2, p. 363 et s.

⁸⁶⁴ Voir à ce titre O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012.

⁸⁶⁵ Le terme de processus est emprunté aux auteurs du traité des contrats administratifs : A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., p. 472.

⁸⁶⁶ Les auteurs du traité des contrats administratifs distinguent les conditions de formation et de validité du contrat des modes de conclusion. Les modes de conclusion sont les règles précises et particulières qui portent à la fois sur le degré de liberté dont dispose l'administration pour choisir son cocontractant et sur la manière dont sont élaborées les clauses du contrat ; les conditions de formation et de validité du contrats sont toutes les formalités antérieures (compétence, habilitation préalable, cause etc). A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 469.

Parmi les « *multiples temps du droit* »⁸⁶⁷ des contrats de la commande publique, il existe en premier lieu celui de la formation des contrats. Pierre-Yves Gahdoun⁸⁶⁸ utilise le terme de « *gestation* » des contrats, ce qui démontre l'emprise du facteur temps dans l'élaboration des contrats de la commande publique. En effet, ces derniers ne connaissent pas « l'instantanéité » de leur conclusion, car elle est très souvent le fruit d'un long processus achevé par le choix du cocontractant, et conditionné par le déroulement de différentes étapes. Et ce n'est que dans le respect de l'ordre de ces différentes étapes que le contrat survit à un recours contentieux⁸⁶⁹.

Les auteurs du *traité des contrats administratifs*⁸⁷⁰ mettent en avant l'existence d'une complexité liée à un tel processus dans la formation des contrats de l'administration. Selon ces auteurs, « *alors que la manifestation de volonté du cocontractant présente le même caractère de simplicité que celle des contractants du droit privé, la manifestation de volonté de l'administration s'exprime le plus souvent sous la forme d'une opération complexe, décomposée en un certain nombre de phases, plus ou moins nombreuses selon les cas, parmi lesquelles l'acte de conclusion proprement dit du contrat est fréquemment précédé de mesures préalables qui conditionnent cette conclusion et de mesures d'approbation ou ratification postérieures qui la complètent et conditionnent son entrée en application* »⁸⁷¹. L'analyse juridique de la formation du contrat démontre donc l'existence d'une certaine complexité relative à l'existence de plusieurs interventions successives⁸⁷² qui sont liées à la manifestation de la volonté de l'administration. En effet, comme le souligne Guylain Clamour, « *la manifestation de volonté des personnes publiques contractantes résulte d'une opération complexe comportant, avant la conclusion proprement dite, toute une série de mesure préparatoires, d'actes décisives, de visas financiers et parfois de mesures d'autorisation, voire d'approbation* »⁸⁷³. Or, ce processus de formation est fondamental, car « *la régularité de ces opérations est conditionnée au respect de l'enchaînement chronologique des différentes manifestations de volonté dont sont issus chacun des actes.*

⁸⁶⁷ Expression tirée d'un article de F. OST, « Les multiples temps du droit », art. préc., pp. 115 et s.

⁸⁶⁸ P. ; Y. GAHDOUN, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁶⁹ M. BUNEL, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁷⁰ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*

⁸⁷¹ *Idem.*

⁸⁷² *Ibid.*, p. 472.

⁸⁷³ G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 2, p. 646.

Chaque maillon crée la situation juridique nécessaire à l'adoption du suivant »⁸⁷⁴. Cette complexité révèle l'existence d'un processus chronologique dans la formation du contrat.

De plus, de part l'existence des principes de la commande publique, la conclusion du contrat n'est pas totalement libre. Les obligations de publicité et de mise en concurrence, qui découlent des principes, sont des contraintes juridiques matérielles qui encadrent la formation du contrat. La personne responsable du contrat est tenue de respecter certaines étapes regroupées dans ce qui est désigné « procédure de passation ». Ainsi, s'ajoutent au processus de formation « *les décisions de composition de la commission d'appel d'offres, celles relatives aux choix des critères de sélection des offres, celles relatives aux motifs d'exclusion de certaines candidatures* »⁸⁷⁵. Par conséquent, le contrat est soumis à un minimum de formalisme, et « *il n'est qu'un maillon de "l'opération contractuelle" composée d'actes unilatéraux qui, en amont, conditionnent sa passation et sa conclusion* »⁸⁷⁶. La conclusion du contrat est donc précédée d'actes relatifs à la manifestation de la volonté de l'administration et au déroulement de la procédure de passation qui s'enchainent chronologiquement.

Cet enchaînement complexe de différentes étapes dans la formation et le mode de conclusion des contrats révèle l'existence d'un véritable processus précontractuel aboutissant à la conclusion du contrat. Or, la démonstration de ce processus dévoile nécessairement l'existence de l'emprise du facteur temps sur la formation des contrats de la commande publique. En effet, le processus est considéré comme un « *ensemble de phénomènes, conçus comme actif et organisé dans le temps (...) se déroulant dans le même ordre* »⁸⁷⁷, ou comme une « *suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat* »⁸⁷⁸. Un enchaînement ordonné est structuré chronologiquement. Par conséquent, il existe en droit de la commande publique des contraintes temporelles qui pèsent sur l'administration. Ainsi, le temps dispose d'une emprise sur le processus de développement précontractuel, jusqu'à la signature du contrat.

Dans cette configuration, le temps joue un rôle de structuration du processus, en imposant le respect d'une certaine chronologie. À cet égard, Michel Bottin affirme que « *le droit structure le temps : il l'organise en calendrier, en échéances, en cycles, en délais. Le législateur dans*

⁸⁷⁴ M. BUNEL, *op. cit.*, p.307.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 294.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 292.

⁸⁷⁷ Dictionnaire LE PETIT ROBERT, éd. 2015, p. 2030.

⁸⁷⁸ *Idem.*

son souci d'encadrer les procédures est parfois un prolifique producteur de délai »⁸⁷⁹. Cette analyse est transposable au droit de la commande publique, car l'étude approfondie du droit positif des procédures de passation confirme l'existence de cette structuration chronologique. Il existe des calendriers, des échéances ; il existe des délais, il existe des cycles. La personne publique acheteuse, sauf dans de rares cas⁸⁸⁰, ne peut conclure le contrat sans avoir respecté une certaine chronologie. Elle doit respecter différentes étapes, matérielles, et temporelles. Pourtant, la référence explicite à l'existence d'une chronologie dans le régime de passation des contrats de la commande publique est quasi-inexistante tant dans le droit positif que dans le discours doctrinal. Seule une décision du tribunal administratif de Lyon⁸⁸¹ évoque « *le déroulement chronologique de la phase préparatoire de son dossier* », qui, si elle n'est pas respectée, a des conséquences sur la candidature de l'entreprise concernée.

En second lieu, au temps de la formation succède, chronologiquement, le temps de l'exécution du contrat. Ces deux grandes phases de la vie du contrat sont temporellement et juridiquement distinctes, l'exécution étant une étape ultérieure à la formation du contrat. Bien que chronologiquement distinctes, il existe des rapports entre le temps de la formation et le temps de l'exécution, ce dernier ne pouvant remettre en cause certaines modalités de la conclusion du contrat.

Ainsi, l'emprise du temps est indéniable dans le régime des contrats de la commande publique. L'examen des rapports entre le temps et le droit ne peut être complet si ne sont pas évoquées toutes les considérations liées à la durée des contrats, qui transcende l'application du contrat dans le temps.

⁸⁷⁹ M. BOTTIN, art. préc., p. 8.

⁸⁸⁰ C'est le cas des conventions d'occupation du domaine public : CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, *Rec.* p. 472 ; *BJCP* 2011, n° 74, p. 36, concl. N. Escaut ; *Dr. adm.*, 2011, n° 2, p. 17, note F. Brenet et P. Mellerey ; *Contrats et marchés publ.* 2011, repère 2, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *JCP G*, 2011, II, p. 282, note A. Chaminade ; *RDI* 2011. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou ; *CP-ACCP*, mars 2011, n° 108, p. 62, note X. Bigas et J. Leron ; *AJDA* 2011. 18, note E. Glaser ; *Contrats et marchés publ.*, 2011, comm. 1, note G. Eckert ; *CP-ACCP*, janvier 2011, n° 106, p. 56, note P. Hansen.

⁸⁸¹ TA Lyon, 19 octobre 2007, *Société Sepur*, n° 0706592, *AJDA* 2008 p. 59 : « *considérant qu'un opérateur économique qui, du fait de circonstances qui lui sont exclusivement imputables, et pour lesquelles il est constant que le comportement du pouvoir adjudicateur n'a exercé aucune influence dans le déroulement chronologique de la phase préparatoire de son dossier, a déposé un pli après l'expiration du délai dont il a eu parfaitement connaissance pour soumissionner, ne peut être regardé comme une entreprise candidate à l'attribution d'un marché au sens de l'article L. 551-1 du code de justice administrative* ».

II : La durée des contrats de la commande publique.

Le temps, élément de structuration du régime de passation et d'exécution des contrats de la commande publique, est également un élément fondamental du contrat. Dans cette hypothèse, le temps se concrétise en une donnée juridique classique du droit des contrats administratifs : la durée⁸⁸². En effet, cet élément fait partie des stipulations essentielles des contrats administratifs⁸⁸³. Par le truchement des principes, la durée est un élément déterminant des contrats de la commande publique, dont l'exécution ne peut se prolonger indéfiniment. C'est donc une donnée juridique faisant l'objet, pour la majorité des contrats de la commande publique, d'une réglementation précise. Cette dernière porte tout autant sur la détermination de la durée (a) que sur sa prolongation (b). Par conséquent, le temps devient l'objet d'un véritable enjeu contractuel dans le droit de la commande publique.

a : L'application des contrats de la commande publique dans le temps et la détermination de la durée.

Bien qu'il soit admis qu'en l'absence de texte, un contrat puisse être conclu pour une durée indéterminée⁸⁸⁴, la durée d'un contrat administratif est en principe déterminée⁸⁸⁵ et doit faire l'objet d'une stipulation expresse⁸⁸⁶. L'occupation du domaine public est un terrain privilégié de l'encadrement de la durée des conventions, puisque tous les contrats qui entraînent l'occupation du domaine public sont limités dans leur durée, sur le fondement des principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité du domaine public. Par exemple, le bail emphytéotique administratif conclu sur le domaine public doit l'être pour une durée comprise entre 18 et 99 ans⁸⁸⁷. Les autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels ne

⁸⁸² Voir, à ce titre, le dossier spécial « Durée des contrats publics : aspects pratiques », *Contrats publics*, n° 150, janvier 2015, pp. 18-64.

⁸⁸³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 139.

⁸⁸⁴ CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, n° 290540, *Rec. T.* p. 809 : un contrat conclu entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public peut être conclu pour une durée indéterminée ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 151, concl. DACOSTA ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 7, obs. Eckert ; *Dr. adm.* 2009, comm. 19, note F. Melleray ; *AJDA* 2009. 319, note J.-D. Dreyfus ; *RJEP* 2009. comm. 21, note G. Pellissier – F. MELLERAY, « Les contrats administratifs conclu sans limitation de durée », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, pp. 212 et s.

⁸⁸⁵ R. NOGUELLOU, « La fin du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 341.

⁸⁸⁶ CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, n° 07703 ; *RDP* 1981, p. 523.

⁸⁸⁷ Art. L451-1 du Code rural et de la pêche maritime : « ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction. ».

doivent pas dépasser une durée de 70 ans⁸⁸⁸. Les exemples de limitation de durée dans ce domaine sont nombreux⁸⁸⁹.

Concernant les contrats de la commande publique, sur le fondement du principe de liberté contractuelle, la durée doit pouvoir être librement fixée par les parties. L'application des principes de la commande publique à ces contrats s'oppose à une telle liberté. En effet, « *la durée de l'ensemble des contrats soumis pour leur passation à une procédure de publicité et de mise en concurrence est désormais encadrée pour la même raison : la nécessité de ne pas soustraire ces contrats à la concurrence pendant un délai trop important* »⁸⁹⁰. Par conséquent, les principes impliquent l'existence d'une réglementation spécifique dans la détermination de la durée, afin d'assurer une mise en concurrence périodique du contrat. La délégation de service public est un exemple probant de cette réglementation⁸⁹¹. À l'origine, les contrats de type concessif pouvaient être conclus pour une durée très longue, voir perpétuelle. Depuis la loi *Sapin*⁸⁹², qui met en place des obligations de publicité et de mise en concurrence, ce type de contrat doit être limité dans sa durée, et selon une méthodologie définie par le législateur⁸⁹³. Pour certaines concessions, la durée ne peut excéder 20 ans⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ Art. L2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.* ».

⁸⁸⁹ Les concessions d'établissement ou d'exploitation d'infrastructures ou de structures portuaires sont limitées à une durée de 50 ans (Art. R. 631-3 du Code des ports maritimes), les concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports sont limitées à une durée de 30 ans (Art. R. 2124-1 du CG3P), les concessions de plages sont limitées à une durée de 12 ans (Art. R. 2124-13 du CG3P), les conventions de gestion d'immeuble dépendant du domaine public de l'Etat (Art. L2123-2 du CG3P).

⁸⁹⁰ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009, p. 246.

⁸⁹¹ Voir en ce sens C. BONNOTTE, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA* 2005, p. 89 et s. – S. NICINSKI, « La délégation de service public et le temps », *AJDA* 2013, p. 1441 et s.

⁸⁹² Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

⁸⁹³ Art. L1411-2 du code général des collectivités territoriales : « *Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.* ». Cette méthodologie a été par la suite précisée par le juge administratif : v. en ce sens CE, 11 août 2009, *Société maison Comba*, n° 303517 *Rec. T.* p. 1030 ; *BJCP* 2009, n° 67, p. 470, concl. B. Dacosta ; *JCP A*, 2009, p. 2261, note J.-B. Vila ; *Dr. Adm.*, 2009, comm. 147, note P. Idoux et F. Cafarelli ; *RJEP*, février 2010, n° 672, p. 17, note F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 364, note G. Eckert – CE, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, n° 323158, *Rec. T.* p. 846. ; *BJCP* juin 2010, n° 70, p. 208, concl. B. dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 147, note G. Eckert ; *JCP A*, 2010, p. 2146, note J.-B. Vila.

⁸⁹⁴ Pour les Concession conclue dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets : art. L1411-2 du CGCT ; Pour les concessions de Casino : Arrêté du 9 mai 1997 modifiant l'arrêté du 23 décembre 1959 modifié relatif à la réglementation des jeux dans les casinos, *JORF* n°125 du 31 mai 1997 p. 8501 ; CE, 3 octobre 2003, *Commune de Ramatuelle*, n° 248523, *Rec. T.* p. 624 ; *BJCP*, janvier 2004, p. 50, concl. M.-H. Mitjavile ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 235, note G. Eckert.

Les raisons d'un tel encadrement de la durée des délégations de service public apparaissent clairement dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi *Sapin*⁸⁹⁵. Le juge constitutionnel y affirme « *qu'il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire* »⁸⁹⁶. Il s'agit ainsi de respecter les obligations de transparence et de concurrence. Par conséquent, la détermination initiale de la durée constitue un élément essentiel du contrat⁸⁹⁷, qui doit être communiqué aux candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence sous peine de méconnaître les obligations de publicité et de mise en concurrence⁸⁹⁸. À cet égard, le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée stipulée initialement⁸⁹⁹. Il existe donc un lien direct entre les principes de la commande publique et la détermination de la durée des délégations de service public.

Le droit de la concurrence de l'Union européenne implique nécessairement une limitation de la durée des concessions⁹⁰⁰, dans la mesure où la durée est un des moyens d'éviter l'existence d'un abus de position dominante⁹⁰¹. La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'importance de la détermination de la durée, en indiquant que la conclusion d'un contrat pour

⁸⁹⁵ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Rec.* p. 14 ; *D.* 1994. 285, obs. H. Mais ; *RFDA* 1993. 902, étude D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC* 1993. 375, note L. Favoreu.

⁸⁹⁶ *Idem.*, pt. 42.

⁸⁹⁷ Il est admis que la durée de la convention soit un des critères de sélection des offres : CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas – CE, 15 décembre 2008, *Communauté Intercommunale des villes solidaires*, n° 312350, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2421 ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2009, n° 2045, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 58, note G. Eckert.

⁸⁹⁸ CE, 28 mai 2003, *AP-HP*, n° 248429, *Rec. T.* p. 1047 ; *BJCP* 2003, n° 30, p. 388, Concl. D. Piveteau ; *Dr. adm.*, août-septembre 2003, p. 29, note D.P. – CE, Ord., 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n° 306153, *Rec. T.* p. 1005 ; *BJCP*, octobre 2008, n° 60, p. 351, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2008. 1768, note P. Sablière ; *CP-ACCP* 2008, n° 79, p. 4 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 64, note G. Eckert ; *JCP A* 2008, 2184, note F. Linditch.

⁸⁹⁹ CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, n° 138504, *Rec.* p. 226 ; *RFDA* 1994, p. 252, note Ph. Terneyre ; *Dr. adm.* 1993, comm. n° 398, obs. F.S.

⁹⁰⁰ Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 249, 2007, p. 707 : « nous avons vu cependant que le droit communautaire de la concurrence impliquait nécessairement une limitation de la durée des délégations ».

⁹⁰¹ Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, 30 avril 2004, COM (2004), 327 final, pt. 46 ; Commission des communautés européennes, *communication interprétative sur les concessions en droit communautaire*, Bruxelles, 12 avril 2000, § 3.1.3 – CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169907, *Rec.* p. 406 ; *GAJA* ; *CJEG* 1997, p. 441, concl. C. Bergeal ; *RFDA* 1997. 1228, concl. C. Bergeal ; *AJDA* 1997, p. 945, chr. Girardot et Raynaud ; *AJDA* 1998, p. 247, note O. Guezou ; *RDP* 1998, p. 256, note Gaudemet.

une durée indéterminée « *est en soi étrangère au système et à la finalité des règles communautaires* »⁹⁰². Auparavant, rien à ce sujet n'était contenu dans les directives⁹⁰³, mais la nouvelle directive relative aux concessions⁹⁰⁴ dispose à ce titre que « *la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement* »⁹⁰⁵. En outre, elle prévoit dans son article 18, que « *la durée des concessions est limitée. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés. Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* »⁹⁰⁶. Le droit de l'Union européenne régit désormais la durée des concessions.

Cette logique n'est pas exclusive aux délégations de service public et s'applique à l'ensemble des contrats soumis à l'application des principes de la commande publique. Ainsi, pour les marchés publics, le Code dispose que « *la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* »⁹⁰⁷. Les dispositions sont similaires pour les autres contrats de la commande publique⁹⁰⁸.

La nécessité d'une détermination de la durée des contrats de la commande publique est en lien direct avec l'application des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Par comparaison, le droit privé des contrats, non soumis à de tels

⁹⁰² CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-454/06, *Rec.* p. I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer.

⁹⁰³ Désormais, la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions comporte un article 18 intitulé « *Durée de la concession* ».

⁹⁰⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* p. L94/1.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, pt. (52).

⁹⁰⁶ *Ibid.*, art. 18.

⁹⁰⁷ Art. 16 du Code des marchés publics.

⁹⁰⁸ Pour les autres contrats : art. L1414-1 et art. L1414-12 du Code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariats ; art. L6148-5-3 du Code de santé publique pour les baux emphytéotiques hospitalier ; art. L300-5 du Code de l'urbanisme pour les concessions d'aménagement.

principes, ne fait pas de la durée un élément essentiel du contrat faisant l'objet d'une réglementation précise⁹⁰⁹. Il existe donc une relation certaine entre le temps et les principes de la commande publique. Les contrats qui y sont soumis doivent être limités dans leur durée afin d'assurer une remise en concurrence périodique du contrat, pour que les entreprises soumissionnaires puissent régulièrement accéder au contrat. Les contrats conclus sans limitation de durée sont ainsi entachés de nullité à raison des atteintes qu'ils portent aux principes de la commande publique⁹¹⁰. Par conséquent, la durée reste un élément déterminant de la procédure de mise en concurrence du contrat⁹¹¹. La durée initiale est susceptible d'être prolongée lors de l'exécution du contrat.

b : L'exécution des contrats de la commande publique dans le temps et la prolongation de la durée.

Sauf si elle est instantanée, l'exécution des contrats de la commande publique s'échelonne sur la durée prévue initialement. Cette dernière peut être prolongée en cours d'exécution par un avenant, outil juridique contractuel qui a pour objet de modifier un contrat en cours⁹¹². La prolongation de la durée est un phénomène assez fréquent, la durée initialement prévue correspondant rarement à la durée effective d'exécution. La prolongation de l'exécution des contrats de la commande publique fait l'objet d'un encadrement spécifique qui découle de l'application des principes. En effet, pour l'ensemble des contrats de la commande publique⁹¹³, la prolongation ne peut être admise que dans la mesure où elle n'a pas pour effet d'annihiler la portée de la procédure de mise en concurrence. L'encadrement de la durée initiale serait dépourvu de toute effectivité si la prolongation en cours d'exécution était libre. Ainsi, l'exécution des contrats dans le temps est en lien direct avec l'existence des principes de la commande publique, dont l'application s'étend manifestement de la période de passation à la période d'exécution⁹¹⁴. Comme pour la détermination de la durée initiale, les conditions de prolongation de la durée permettent ainsi de garantir une certaine périodicité de la mise en concurrence.

⁹⁰⁹ Art. 1108 du Code civil : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. ».

⁹¹⁰ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 223.

⁹¹¹ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, préc.

⁹¹² M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2004 – H. HOEPFFNER, *op. cit.*

⁹¹³ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 254.

⁹¹⁴ C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, n° 175256, *RFDA* 1998, p. 421.

Le droit des délégations de service public est un exemple probant de l'existence d'un encadrement de la prolongation de la durée. Cet élément essentiel du contrat ne peut faire l'objet d'une modification substantielle en cours d'exécution⁹¹⁵, les offres ayant été examinées à la lumière de la durée initialement prévue. Par conséquent, la prolongation d'un tel contrat reste possible mais doit demeurer une exception⁹¹⁶. Le législateur a ainsi pris le soin d'encadrer les avenants de prolongation de la durée des délégations de service public⁹¹⁷. Les autres contrats de la commande publique ne disposent pas d'une réglementation textuelle aussi précise pour la prolongation de la durée initiale par avenant. Comme le souligne Hélène Hoepffner, « *ce vide juridique ne doit cependant ni être interprété comme une interdiction de prolonger la durée de ces contrats, ni comme une liberté débridée d'y procéder (...). Ce silence ne signifie pas que les parties sont libres de modifier la durée de leur contrat. Il signifie simplement que les règles générales applicables aux avenants sont applicables aux prolongations qui n'en sont qu'une espèce particulière* »⁹¹⁸. La prolongation de la durée des contrats de la commande publique fait donc l'objet d'une réglementation spécifique et ne peut être décidée librement par les parties.

La reconduction du contrat est une autre forme de la relation entre le contrat et le temps. Elle doit être distinguée de la simple prolongation dans un cas particulier, celui de la tacite reconduction. Contrairement à la prolongation, la tacite reconduction d'un contrat donne naissance à un nouveau contrat⁹¹⁹, puisqu'elle a pour effet de renouveler un engagement qui,

⁹¹⁵ CE, Avis de la Section des finances, 8 juin 2000, n° 364803 ; *BJCP* 2001, 94. ; *AJDA* 2000, 758, note L. Richer ; *CJEG* 2001, 103, note Ch. Maugué et L. Deruy – CE, Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371.234, *EDCE* 2005, p. 197 ; *BJCP* 2006, 107, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *AJDA* 2006, 1371, étude N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats et marchés publ.* 2006, ét. 19, H. Hoepffner.

⁹¹⁶ CE, Avis, 19 avril 2005, préc.

⁹¹⁷ Art. L1411-2 du Code général des collectivités territoriales : une délégation de service public ne peut être prolongée que dans deux cas : pour un motif d'intérêt général, et dans ce cas la prolongation ne peut excéder un an ; lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. La continuité du service public est un motif d'intérêt général permettant la prolongation du contrat pour une durée d'un an : CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaïse*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault – CE, 8 juin 2005, *Commune de Ramatuelle*, n° 255987, *Rec. T.* p. 875 ; *AJDA* 2005. 1686, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2005. 381, concl. Boulouis, obs. C. M. ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 222, note E. Delacour. La prolongation pour investissements nouveaux est strictement encadrée par les textes et est soumise à des conditions particulières rappelées par le Conseil d'Etat dans son Avis du 19 avril 2005, préc.

⁹¹⁸ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 266.

⁹¹⁹ Sauf lorsque la reconduction a été expressément prévue dans le contrat initial. Dans ce cas, il s'agit d'une modification du contrat initial : CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des*

arrivé à échéance, s'est éteint⁹²⁰. L'existence d'un nouveau contrat implique nécessairement l'application des principes de la commande publique. De ce fait, la reconduction d'un contrat, dans le souci de préserver le respect de ces principes, doit être strictement encadrée. La légalité du procédé de tacite reconduction, non expressément prévue dans le contrat initial et ne faisant pas l'objet d'une décision expresse de reconduction, a fait l'objet de solutions fluctuantes ces dernières années. Depuis que les délégations de service public sont soumises à des procédures de publicité et de mise en concurrence, elles sont interdites pour ce type de contrat⁹²¹. Une solution similaire fut adoptée pour les marchés publics⁹²² : toute décision de reconduction d'un marché public doit être expresse, c'est à dire formulée par écrit. Le décret du 25 août 2011⁹²³ modifie le Code des marchés publics à ce sujet : l'article 16 du Code prévoit désormais que « *sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ». Cela signifie que la personne responsable du marché n'a pas à prendre une décision expresse de reconduction lorsque le marché arrive à son terme. Toutefois, le nombre de reconductions doit être fixé dès l'engagement de la procédure en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, et elle peut être mise en œuvre qu'à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. De ce fait, l'esprit des principes de la commande publique reste préservé.

marchés publics, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006. p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch : « *considérant en premier lieu qu'il résulte de ces dispositions que la durée d'un marché doit être fixée compte tenu de la nature des prestations, et que la passation d'un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions n'est possible que si la mise en concurrence a porté sur la durée totale d'exécution du marché, si ses caractéristiques restent inchangées et si le nombre de reconductions a été indiqué dans le marché initial ; qu'ainsi, en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixées par les stipulations du contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; qu'en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître, contrairement à ce que soutient l'association requérante, un nouveau marché par application d'une clause de reconduction ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la passation de ce prétendu nouveau contrat porterait atteinte à la liberté de consentement du contractant de l'administration et méconnaîtrait les obligations de publicité qui découlent des règles du droit communautaire sont inopérants* ».

⁹²⁰ H. HOEPFFNER, *op. cit.* p. 227.

⁹²¹ CE, Sect., Avis, 19 avril 2005, préc.

⁹²² CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, *Rec.* p. 573 ; *Dr. adm.* 2001, n° 7 ; *AJDA* 2001. 101 ; *ibid.* 219, étude L. Richer ; *RDI* 2001. 156, obs. F. Llorens ; *RTD com.* 2001. 417, obs. G. Orsoni.

⁹²³ Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, *JORF* n°0197 du 26 août 2011 p. 14453 ; *CP-ACCP* 2011, n° 114, p. 50, note N. Charrel et G. Monflier ; *JCP CT* n° 37, septembre 2011, p. 2293, comm. F. Linditch.

Le droit de la commande publique a donc un rapport direct avec le temps, puisque ce dernier le structure par des dates, des délais, des obligations temporelles ; le temps est un élément essentiel du contrat de la commande publique, dont la détermination et la prolongation sont strictement encadrées par le truchement des principes de la commande publique. Des précisions sur la structuration du droit de la commande publique par le temps permettront de démontrer l'existence d'une temporalité certaine des principes de la commande publique.

Paragraphe 2 : Les précisions sur la structuration du droit de la commande publique par le temps.

L'étude plus approfondie des différentes procédures préalables à la conclusion des contrats de la commande publique dévoile l'existence d'une chronologie minutieuse dans le processus d'achat public (A). La conclusion des contrats n'est en effet pas instantanée, mais est précédée d'une succession d'étapes fondamentales dont l'enchaînement précis détermine la légalité de la procédure, attestant ainsi du caractère obligatoire de cette chronologie (B). Il est par conséquent possible de dégager une grille temporelle du processus d'achat public, qui ne doit plus être vu de manière uniforme. Cette grille de lecture temporelle servira à préciser les fonctions propres à chaque principe de la commande publique au sein du tout qu'ils forment.

A : Une chronologie minutieusement organisée.

L'existence d'une chronologie du processus d'achat se retrouve aussi bien en amont (I) que pendant la mise en concurrence des procédures de passation des contrats de la commande publique (II). En effet, la personne responsable de l'achat doit veiller, avant de lancer la procédure, à respecter un certain nombre d'étapes fondamentales et nécessairement préalables au déclenchement de la procédure. Pendant la mise en concurrence, l'autorité adjudicatrice doit également suivre une chronologie précise, dont l'irrespect peut entraîner l'annulation de la procédure. À cet égard, l'existence d'une chronologie du régime du droit de la commande publique est incontestable, dans la mesure où elle est susceptible de conditionner la légalité de la conclusion du contrat.

I : L'existence d'une chronologie antérieure à la mise en concurrence des candidats.

Avant la mise en concurrence des candidats, deux étapes fondamentales des procédures de passation doivent obligatoirement être respectées par l'autorité adjudicatrice : la détermination des besoins, qui conditionne l'existence et la forme de la future procédure **(a)**, et la publicité *ex ante*, qui permet de lancer la procédure **(b)**. Si ces deux étapes ne sont pas respectées chronologiquement, avant la mise en concurrence effective, la procédure peut être sanctionnée sur le fondement d'une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, qui découlent des principes fondamentaux de la commande publique⁹²⁴. Il existe donc une première fonctionnalité temporelle des principes, qui oblige l'autorité adjudicatrice à respecter ce processus chronologique. Il restera à déterminer lequel de ces principes dispose d'une telle fonctionnalité⁹²⁵.

a : La détermination préalable des besoins : une première étape de tout processus d'achat public.

Selon Laurent Richer, « *il existe, en amont de toute procédure, des décisions plus ou moins formalisées dont on pourrait penser qu'elles relèvent de la pure appréciation d'opportunité. (...) Appartient à cette catégorie d'abord la décisions de passer ou non un marché* »⁹²⁶. La décision de passer ou non un contrat est préalable à tout processus d'achat public. Comme le souligne Laurent Richer, cette décision est totalement libre, l'administration pouvant choisir de ne pas satisfaire un besoin ou de recourir à une prestation interne⁹²⁷. Lorsqu'elle décide d'externaliser les prestations par le biais d'un contrat, l'administration débute un véritable processus d'achat public dont les prémices portent sur la définition de l'objet du contrat. Toute procédure de passation d'un contrat de la commande publique est ainsi précédée d'une réflexion sur le bien-fondé de la conclusion du contrat, l'opportunité de la forme du contrat et l'objet du contrat. La détermination des besoins⁹²⁸ constitue ainsi la première étape de tout processus d'achat public⁹²⁹, dans la mesure où cette

⁹²⁴ Cf. *Supra*, Titre, 1, Chapitre 1.

⁹²⁵ Cf. *Infra*, Chapitre 2 du présent Titre.

⁹²⁶ L. RICHER, « Pas d'immunité de juridiction de la définition du besoin », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 3.

⁹²⁷ *Idem*.

⁹²⁸ V. à ce titre le dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins » paru dans *contrats publics* n° 140, février 2014, pp. 23-64.

⁹²⁹ S. DYENS, « L'externalisation de la prestation juridique. Les figures de l'avocat en collectivité », *AJCT* 2012 p. 462.

réflexion conditionne le choix du contrat et le déroulement de son mode de conclusion⁹³⁰. En effet, la définition sincère et raisonnable des besoins, « *étape ô combien importante* »⁹³¹, est indissociablement liée à l'appréciation de la procédure applicable⁹³². L'évaluation des caractéristiques du futur contrat, dont son montant et son objet, détermine si une procédure de publicité et de mise en concurrence est obligatoire, et conditionne la forme de la procédure à suivre. Par conséquent, la détermination préalable et précise de l'étendue des besoins à satisfaire est une véritable exigence juridique et économique conditionnant la régularité des procédures de publicité et de mise en concurrence⁹³³, dont la compétence revient au seul pouvoir adjudicateur⁹³⁴ et qui fait l'objet d'un contrôle de la part du juge en cas de contentieux⁹³⁵. Ce dernier peut être amené à annuler le contrat si la détermination des besoins est irrégulière⁹³⁶.

Cette phase est donc une première étape fondamentale du processus d'achat public, qui permet de s'assurer que l'autorité adjudicatrice ne va pas soustraire des contrats aux règles de passation qui leur seraient normalement applicables, en fractionnant artificiellement des commandes par exemple⁹³⁷. Ainsi, « *l'exercice est essentiel, car une définition incomplète ou erronée des besoins fausserait la mise en concurrence et entraînerait une mauvaise utilisation des deniers publics* »⁹³⁸. Les textes font de cette étape une véritable exigence préalable à tout

⁹³⁰ C. PRÉBISSY-SCHNALL, « Marchés de maintenance de logiciels passés sans mise en concurrence », comm. sous CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, n° 368846, CCC 2013, comm. 275.

⁹³¹ B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9.

⁹³² J.-D. DREYFUS, « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre II », *RDI* 2004 p. 143 – H. LETELLIER, « La détermination des procédures de dévolution en fonction des besoins préalablement déterminés », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 24.

⁹³³ H. LETELLIER, art. préc., p. 24.

⁹³⁴ CE, 1^{er} avril 1998, *Département de Seine-et-Marne*, n° 157602 ; *RDI* 1998, p. 359, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *BJCP* 1998, p. 98.

⁹³⁵ Il est à préciser que le juge procède à ce titre à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, n° 368846 ; *AJDA* 2013. 1946 ; *BJCP* 2014. 43, concl. B. Dacosta ; *AJCT* 2014. 113, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 280, note J.-P. Pietri.

⁹³⁶ Voir par exemple CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693, *Rec.* p. 503 ; *Mon. TP* 2 mai 1998, suppl. TO, p. 395, concl. C. Bergeal ; *ibid.*, p. 47, obs. B. Fabre ; *RDI* 1998. 242, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *D.* 1998.360, obs. Ph. Terneyre : « *considérant que, eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures, le département de Paris ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité prévues par l'article 108 ter du code des marchés publics ; que, par suite, le marché a été conclu au terme d'une procédure irrégulière ; que, le département de Paris n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé ce marché* » – CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600, *Rec. T.* p. 807 ; *AJDA* 2008. 2040 ; *JCP A.* 2008. 2300 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 275, note G. Eckert.

⁹³⁷ B. KOEBEL, art. préc.

⁹³⁸ *Idem.*

lancement d'une procédure de passation ou à toute conclusion d'un contrat de gré à gré. À cet égard, le Code des marchés publics exige que les besoins à satisfaire soient déterminés « *avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence* »⁹³⁹. L'exigence est la même pour les autres contrats de la commande publique⁹⁴⁰. La détermination des besoins constitue donc la première étape de cette chronologie dont le respect conditionne la légalité et la bonne conduite des étapes ultérieures. À ce titre, une mauvaise évaluation des besoins constitue un risque tout à la fois au plan de la passation du contrat, en favorisant notamment la présentation d'offres anormalement basses, et au plan de son exécution, où la mauvaise évaluation peut entraîner l'application de pénalités ou la passation d'un avenant⁹⁴¹.

La détermination des besoins permet donc d'évaluer si une procédure de passation est obligatoire préalablement à la conclusion du contrat⁹⁴². Si tel est le cas, en fonction du montant et de l'objet du contrat, l'administration doit conduire cette procédure et respecter scrupuleusement les formalités propres à la passation applicable car à défaut, le contrat est entaché d'irrégularité⁹⁴³. Dans la conduite de cette procédure obligatoire, la personne

⁹³⁹ Art. 5 du Code des marchés publics : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable* ».

⁹⁴⁰ Pour les marchés publics non soumis au Code des marchés publics : art. 10 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ; pour les concessions de travaux : art. L.1415-5 du Code général des collectivités territoriales ; pour les beaux emphytéotiques hospitaliers : art. L.6148-2 du Code de santé publique ; pour les contrats de partenariat : Art. L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales relatif à l'évaluation préalable. L'évaluation préalable doit être transmise à l'organe délibérant pour qu'il se prononce sur le contrat, et ce avant l'enclenchement de la procédure de passation ; pour les concessions d'aménagement : art. R.300-5 et art. R.300-11-5 du Code de l'urbanisme.

⁹⁴¹ L. BONNIEU, « Les risques d'une mauvaise évaluation des besoins », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 32.

⁹⁴² Les détails concernant le choix de la procédure seront étudiés ultérieurement, le présent chapitre étant axé sur la démonstration de l'existence d'un lien entre le temps, la chronologie, et le droit de la commande publique.

⁹⁴³ CE, 5 février 1909, *Sieurs Barla, Cassien et autres*, n° 24206, *Rec.* p. 134 – CE, 5 janvier 1923, *Sieur Boutet*, n° 51660, *Rec.* p. 11 – CE, 12 février 1926, *Sieurs Paul Rolland et Armand Bernard*, n° 75684, *Rec.* p. 172 – CE, 19 novembre 1926, *Sieur Decuty*, n° 86283, *Rec.* p. 993 – CE, 6 avril 1935, *Marchesini et Simongiovanni*, *Rec.* p. 460 – CE, Sect., 12 avril 1935, *Sieur Mougne*, n° 31720, *Rec.* p. 512 – CE, Sect., 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, n° 60877, *Rec.* p. 335 – CE, 27 juin 1945, *Sieurs Chadebeck et autres*, n° 65729, *Rec.* p. 139 – CE, 15 juillet 1959, *Sieur Vauzelle*, n° 37488, n° 39018, *Rec.* p. 466 – CE, 24 février 1967, *Sieur Donard*, n° 64034, *Rec.* p. 96 – CE, Sect., 29 janvier 1982, *Martin*, n° 19926, *Rec.* p. 44 – CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine contre OPHLM de Malakoff et Société NCR*, n° 64954 ; *Rec.* T. p. 659 – CE, Sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées contre Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres*, n° 57679, *Rec.* p. 41 – CE, 26 septembre 1994, *Commune de Pont-à-Marcq*, n° 126987 – CE, 8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute-Corse contre Commune de Bastia et autres*, n° 168253, *Rec.* p. 435 – CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres et Association syndicale autorisée des propriétaires du parc de Malmaison*, n° 159496, n° 159508, *Rec.* p. 55 – CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, n° 156008, *Rec.* T. p. 878 – CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247299, *Rec.* p. 478 – CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, *Rec.* p. 130 – CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, *Rec.* p. 255 – La solution est identique au regard du

responsable du contrat est tenue de respecter une chronologie et des délais précis : cette chronologie débute, après la détermination des besoins, par la publicité qui précède la remise des candidatures. Le contenu, la forme et la portée de la publicité font l'objet de règles très précises dont l'irrespect peut entraîner l'irrégularité de la procédure⁹⁴⁴.

b : La publicité ex ante.

La publicité est un prérequis obligatoire à toute mise en concurrence car, dans le cadre des contrats de la commande publique, l'administration ne peut examiner les candidatures et les offres des entreprises soumissionnaires sans avoir, au préalable, procédé à une publicité respectant des modalités précises. Cette publicité « originaire »⁹⁴⁵, qui suit la détermination des besoins et précède la remise des candidatures, prend la forme d'un avis qui permet d'informer de l'existence d'une future procédure de passation aboutissant à la conclusion du contrat. L'existence obligatoire de ce prérequis est logique : la publicité permet de susciter la concurrence en informant les soumissionnaires potentiels intéressés par le futur contrat, qui ont de ce fait la possibilité de candidater. Cette publicité *ex ante* permet ainsi le respect des objectifs inhérents aux principes de la commande publique.

Le Code des marchés publics exige une publicité préalable à tout marché ou accord-cadre⁹⁴⁶ d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT⁹⁴⁷. La procédure de passation des contrats de partenariats⁹⁴⁸, des concessions de travaux⁹⁴⁹, des concessions d'aménagement⁹⁵⁰, des délégations de service public⁹⁵¹ et des beaux emphytéotiques hospitaliers⁹⁵² est

droit communautaire : CJCE, 2 août 1993, *Commission c/ Italie*, aff. C-107/92, *Rec.* p. I-4655 – CJCE, 26 avril 1994, *Commission c/ Italie*, aff. C-272/91, *Rec.* p. I-1409 – CJCE, 17 septembre 1998, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-323/96, *Rec.* p. I-05063.

⁹⁴⁴ Les modalités détaillées de publicité feront l'objet d'analyses ultérieures, le présent chapitre étant consacré à la démonstration de l'existence d'un lien entre le temps et la commande publique.

⁹⁴⁵ Il s'agit ici de la publicité qui permet d'informer les entreprises potentiellement intéressées de la conduite d'une procédure de passation. D'autres formes de publicité interviennent tout au long de la procédure, comme par exemple la communication de certains documents suite au dépôt des candidatures. Elles sont ultérieures à la publicité originaire. Dans certains cas, la personne responsable du futur contrat a la possibilité de publier, antérieurement à cette publicité originaire, un avis de pré-information. V. par exemple art. 39 du Code des marchés publics.

⁹⁴⁶ Sauf dans les cas prévus aux II et III de l'article 28 ainsi qu'au II de l'article 35 du Code des marchés publics.

⁹⁴⁷ Art. 40 du Code des marchés publics.

⁹⁴⁸ Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁴⁹ Art. R.1415-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁰ Art. R.300-5 et art. R.300-11-5 du Code de l'urbanisme.

⁹⁵¹ Art. L.1411-5 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵² Art. L.6148-5 du Code de santé publique.

obligatoirement précédée d'une publicité permettant la présentation d'offres concurrentes⁹⁵³. Dès lors, dans les cas où la publicité est obligatoire, c'est-à-dire pour la grande majorité des contrats de la commande publique, elle doit impérativement précéder la procédure de passation et la mise en concurrence. C'est une obligation juridique chronologique, explicitement prévue par les textes. La publicité a donc, au même titre que la détermination des besoins, une place temporelle déterminée, car elle doit se situer à un instant précis.

La relation entre le temps et la publicité ne s'arrête pas à sa place dans la chronologie de la formation du contrat. La durée de la publicité, c'est-à-dire le temps qui s'écoule entre la publication de l'avis et la date de réception des candidatures, est également réglementée, dans l'objectif de laisser un délai suffisant aux candidats afin qu'ils aient le temps nécessaire pour préparer et déposer leur candidature. Pour les délégations de service public, la durée de la publicité ne peut être inférieure à un mois⁹⁵⁴. Il en est de même pour les concessions d'aménagement⁹⁵⁵. Pour les contrats de partenariat, elle est au moins de 40 jours⁹⁵⁶. Pour les concessions de travaux, le délai entre la publicité et la date limite de réception des candidatures est au minimum de 52 jours, ramené à 48 jours si l'avis est envoyé par voie électronique⁹⁵⁷. Pour les marchés publics, dans le cadre de l'appel d'offre ouvert, le délai est de 52 jours, avec la possibilité de le réduire en respectant plusieurs conditions précisées par le Code⁹⁵⁸. Il est de 37 jours pour l'appel d'offre restreint, la procédure négociée et la procédure de dialogue compétitif⁹⁵⁹. Lorsqu'aucune durée n'est prévue par les textes, l'administration doit laisser un délai suffisant aux soumissionnaires afin qu'ils aient le temps suffisant pour préparer puis déposer leur candidature⁹⁶⁰. La durée de la publicité et la date limite de réception des candidatures sont des mentions essentielles qui doivent obligatoirement figurer

⁹⁵³ Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁴ Art. R.1414-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁵ Art. R.300-5 du Code de l'urbanisme.

⁹⁵⁶ Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁷ Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁸ Art. 57 du Code des marchés publics. Ce délai est obligatoire et son irrespect est sanctionné : CE, 15 novembre 1996, *Société Guadeloupe Entretien Maintenance*, n° 159520, *Rec. T.* p. 1010 ; D. 1997. 294, obs. Ph. Terneyre. Les candidatures et les offres reçues hors délai ne peuvent être retenues sous peine d'irrégularité de la procédure : CE, 10 juin 1936, *Baudot*, *Rec.* p. 630 – CE, 8 mars 1996, *Pelte*, n° 133198 – CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956, *Rec.* p. 433 ; *AJDA* 1997.185, concl. Ch. Maugué ; *RDI* 1997.74, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

⁹⁵⁹ Art. 60, 65 et 67 du Code des marchés publics. Le délai peut être ramené à 30 jours lorsque l'avis a été envoyé par voie électronique, 15 jours en cas d'urgence.

⁹⁶⁰ C'est le cas pour les marchés à procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur détermine librement le délai de réception des candidatures et des offres. Ce délai doit être suffisant pour permettre aux entreprises de concevoir leur dossier de candidatures et d'offres : CE, 5 août 2009, *Région Centre*, n° 307117 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 318, note F. Llorens – Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* du 15 février 2012, pt 10.3.2.2, p. 2600.

dans l'avis d'appel à la concurrence⁹⁶¹. Cette information est fondamentale car seules peuvent être ouvertes les candidatures qui ont été reçues avant la date et l'heure limite indiquées dans l'avis.

Cet enchaînement chronologique obligatoire démontre l'existence d'une prégnance du temps sur le processus de formation des contrats de la commande publique, qui est confirmée lors de la mise en concurrence effective des candidats.

II : L'existence d'une chronologie pendant la mise en concurrence.

Cette publicité originale effectuée, la personne responsable du contrat reçoit les candidatures qu'elle doit analyser obligatoirement avant les offres⁹⁶², l'examen des candidatures et l'évaluation des offres constituant *a priori* deux phases distinctes de la procédure. L'analyse chronologique sur ce point mérite cependant d'être approfondie. Deux types de procédures sont à distinguer : celles pour lesquelles l'analyse des candidatures et des offres peut être quasi-simultanée ; celles pour lesquelles elle est clairement différenciée par les textes⁹⁶³. Pour ces dernières, l'obligation chronologique imposée par les textes ne soulève pas de difficulté. Il est clairement affirmé que l'évaluation des offres intervient postérieurement à l'examen des candidatures⁹⁶⁴. La distinction chronologique de ces deux phases du processus d'achat public est moins évidente pour les contrats de la commande publique relevant de la première catégorie.

⁹⁶¹ La majorité des textes relatifs aux contrats de la commande publique prévoit une telle obligation. En l'absence de texte, cette obligation est maintenue : CE, 30 juin 2004, *Société nationale des chemins de fer français*, n° 263402, *Rec. T.* p. 763 : « il appartient notamment au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de recourir à la procédure de publicité et de mise en concurrence allégée qu'elles organisent, de rendre publique sans équivoque possible la date limite avant laquelle devront lui être adressées les demandes dites d'invitation à soumissionner par lesquelles les entrepreneurs ou fournisseurs ayant manifesté leur intérêt pour le ou les marchés mentionnés dans l'avis périodique indicatif confirment, le cas échéant, cet intérêt ».

⁹⁶² Art. L.1414-8 du Code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariats – Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public – Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales pour les concessions de travaux.

⁹⁶³ *Idem.*

⁹⁶⁴ La procédure de passation, à ce titre, s'adapte à cette exigence : pour les délégations de service public par exemple, il est prévu un délai de remise des offres distinct de celui des candidatures, qui commence à courir après l'examen des candidatures : art. L.1411-1 du CGCT ; art. R.1414-2 du CGCT.

C'est le cas des marchés publics, plus particulièrement ceux soumis à la procédure d'appel d'offre pour laquelle la négociation est interdite⁹⁶⁵. Pour cette procédure, les dates limites de réception des candidatures et des offres se confondent, et l'examen des offres peut être effectué lors de la même séance que l'examen des candidatures⁹⁶⁶. Ces éléments laissent à penser que la distinction entre ces deux phases n'est pas chronologiquement organisée. Le doute sur la pertinence de cette distinction chronologique a été accentué lors de la suppression du système de la double enveloppe⁹⁶⁷. Avant le décret de 2008, les candidatures et les offres devaient être présentées dans une enveloppe distincte, cette exigence revêtant le caractère d'une formalité substantielle dont l'irrespect était susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence⁹⁶⁸. L'ouverture des enveloppes contenant les candidatures devait obligatoirement précéder celle des enveloppes contenant les offres, la procédure d'appel d'offre impliquant la succession de ces deux phases distinctes. Cette scission chronologique interdisait une quelconque confusion entre ces deux phases, empêchant ainsi l'examen des offres au regard des critères de sélection des candidatures⁹⁶⁹. Le juge censurait les procédures ne respectant pas une telle chronologie⁹⁷⁰. Depuis le décret de 2008, une enveloppe unique qui contient les documents relatifs à la fois à la candidature et à l'offre est communiquée au pouvoir adjudicateur. La suppression du système de la double enveloppe peut ainsi encourager à l'examen simultané des candidatures et des offres des entreprises soumissionnaires lors d'une phase unique, remettant en cause l'obligation chronologique d'examen successif et séparé de ces deux éléments. Toutefois, cette suppression n'a pas de conséquence sur le déroulement de la procédure d'appel d'offre, la phase de sélection des candidatures devant rester, pour le juge administratif, distincte et surtout préalable à celle de l'évaluation des offres⁹⁷¹. Assurément,

⁹⁶⁵ Art. 59 du Code des marchés publics.

⁹⁶⁶ Rép. Min. n° 16615, *JOAN Q*, 10 octobre 1991, p. 5033.

⁹⁶⁷ Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, *JORF* n°0296 du 20 décembre 2008, p. 19544.

⁹⁶⁸ Commission centrale des marchés, marchés publics 1983, n° 197, p. 10.

⁹⁶⁹ CAA Lyon, 29 septembre 2005, *Préfet de l'Ain*, n° 00LY02073 ; *AJDA* 2006, p. 164 – CE, 29 décembre 2006, *Société Bertelet SNC*, n° 273783 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 75, F. Llorens et P. Soler-couteaux.

⁹⁷⁰ TA Besançon, 27 janvier 1995, *Sarl Cotta* ; *JCP G* 1995, IV, 2397 – TA Saint-Denis de la Réunion, 17 juin 1998, *Préfet de la Réunion c/ Régie départementale des travaux agricoles et Société Esso Réunion*, *Rec. T.* p. 1018 – CAA Marseille, 11 avril 2005, *Département des Alpes-Maritimes*, n° 01MA01466 et 01MA02009 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 78, F. Llorens : « ces deux enveloppes doivent faire l'objet d'un examen successif et séparé. La jurisprudence se montre de manière générale rigoureuse sur ce point. (...) Les modalités retenues avaient surtout pour conséquence d'amener la commission d'appel d'offres à prendre connaissance simultanément des justificatifs relatifs aux qualités et capacités des candidats et de leurs offres, alors que selon les dispositions applicables, seules peuvent être ouvertes les offres des candidats préalablement retenus. C'est sans doute en cela que la procédure était la plus critiquable. » – CAA Nancy, 12 mai 2005, *Département de la Moselle*, n° 01NC00913 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 186, F. Olivier.

⁹⁷¹ CE, 4 mars 2011, *Région réunion*, n° 344197, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 76, p. 196, concl. N. Boulouis : « considérant que les dispositions citées ci-dessus distinguent la phase de sélection des candidatures à un

l'obligation chronologique demeure. Ainsi, lors de la procédure de passation d'un contrat de la commande publique, il convient de distinguer ces deux étapes « *du fait qu'elles sont chronologiquement distinctes et fondamentalement différentes. En effet, si la deuxième phase visait à sélectionner des candidatures, la phase suivante conduit au choix du cocontractant* »⁹⁷². Cette analyse a été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁷³.

Cette distinction peut toutefois faire l'objet d'exceptions, notamment pour les marchés à procédure adaptée⁹⁷⁴. Dans ce cas, l'examen des candidatures et des offres peut être simultané et le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'utiliser le critère de l'expérience professionnel du candidat pour l'évaluation des offres, critère en principe réquisitionné pour l'examen des candidatures⁹⁷⁵. Cette solution, procédant à un « *mélange des genres* », permettant l'utilisation d'un critère non adapté à l'appréciation de la valeur des offres, constitue un « *risque pour les principes généraux de la commande publique* »⁹⁷⁶, démontrant ainsi l'impertinence d'un écart à cette chronologie. Il est à noter que pour les délégations de service public, le délégant peut demander aux entreprises de déposer conjointement leur candidature

marché public, au cours de laquelle elles permettent au pouvoir adjudicateur, avant l'examen des candidatures, et dans les conditions fixées au I de l'article 52 du code des marchés publics, de demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature, de la phase d'attribution du marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, après élimination, notamment, en application du III de l'article 53, des offres que leur teneur, incomplète, rend irrégulières » – CE, 11 avril 2014, *Ministre de la Défense*, n° 375245 ; *AJDA* 2014. 827 – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

⁹⁷² P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 254.

⁹⁷³ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, aff. C-532/06, *Rec. p. I-251*, pts 27-32 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 54, W. Zimmer : « *elle rappelle donc que la procédure d'appel d'offres, quand bien même la vérification de l'aptitude des candidats et l'attribution du marché se feraient simultanément, suppose deux opérations distinctes et, par conséquent, des critères propres à chacune de ces phases* » – CJUE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-199/07, *Rec. p. I-10669* : *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 380, note W. Zimmer.

⁹⁷⁴ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 314610, *Rec. T. p. 821* ; *Dr. adm.* 2009, comm. 69 ; *JCP A* 2009, 343 ; *BJCP* 2009, 213, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 122, note F. Olivier ; *JCP A* 2009, n° 2122, note F. Linditch – CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254, *Rec. T. p. 1007* ; *RJEP* n° 694, février 2012, comm. 8, F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 287, note W. Zimmer.

⁹⁷⁵ CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, préc. : le Conseil d'Etat limite toutefois cette possibilité dans les cas où la prise en compte de l'expérience des candidats au stade des offres est « *rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser* » et n'a pas « *d'effet discriminatoire* » – CE, 18 septembre 2015, *Société Axxess*, n° 380821 : « *que ces dispositions [art. 53 du Code des marchés publics] permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* ».

⁹⁷⁶ F. BRENET, comm. sous CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, *RJEP* n° 694, février 2012, comm. 8.

et leur offre, dans le but de raccourcir la procédure⁹⁷⁷. Cela ne remet cependant pas en cause la distinction entre ces deux phases chronologiques. Il est possible qu'avec la nouvelle directive de 2014 sur les marchés publics⁹⁷⁸, d'autres exceptions soient permises. En effet, l'article 56.2 de cette directive dispose que « *dans le cadre de procédures ouvertes, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection conformément aux articles 57 à 64* ». Toutefois, cette possibilité reste encadrée, puisque « *lorsqu'ils font usage de cette possibilité, ils s'assurent que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu en vertu de l'article 57 ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur* ». Il faut attendre les textes de transposition pour connaître l'impact de cet article en droit interne.

Une fois les candidatures examinées et sélectionnées, soit la personne responsable du contrat procède directement à l'évaluation des offres si elles sont envoyées concomitamment aux candidatures et si toute négociation est interdite⁹⁷⁹, soit elle dresse la liste des candidats admis à présenter une offre dans un délai suffisant pour permettre aux candidats d'élaborer une offre⁹⁸⁰. Dans ce cas, l'administration peut procéder à une deuxième publicité permettant d'apporter des précisions sur l'objet du contrat. Dans la majorité des procédures de passation, avant le choix définitif de l'offre, l'administration procède à un dialogue ou à des négociations avec les entreprises. L'intervention du dialogue ou de la négociation est chronologiquement encadrée, ce qui confirme le postulat de l'existence d'un lien fondamental entre le temps et le droit de la commande publique. Pour les contrats de partenariat, le dialogue compétitif où la négociation n'intervient qu'au terme du délai de réception des candidatures et en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence⁹⁸¹. Pour les délégations de service public, les offres négociées sont celles qui ont été présentées à la suite de la communication d'un document

⁹⁷⁷ CE, ord., 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Rec.* p. 566 ; *CP-ACCP* 2007, n° 64, p. 48, obs. L. Givord et J.-P. Markus ; *AJDA* 2007. 185, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 54, obs. G. Eckert.

⁹⁷⁸ Directive 2014/24/UE préc.

⁹⁷⁹ C'est le cas pour les marchés publics à procédure formalisée prévue aux articles 57 et s. du Code des marchés publics

⁹⁸⁰ Art. R.1414-2 du Code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public : le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 15 jour à compter de la date de publication ; Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales pour les concessions de travaux.

⁹⁸¹ Art. L.1414-6 du Code général des collectivités territoriales.

définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations⁹⁸². Pour certains marchés publics, la négociation ne peut intervenir qu'après publicité préalable et mise en concurrence ou après la réunion de certaines conditions⁹⁸³. Pour les marchés à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut négocier « avec les candidats ayant présenté une offre »⁹⁸⁴, et uniquement si la négociation a été prévue dès la publication de l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation⁹⁸⁵. Dans le cadre de la procédure négociée, la négociation intervient après l'examen et la sélection des offres, et après élimination des offres inappropriées⁹⁸⁶. Dans le cadre du dialogue compétitif, la discussion n'est possible qu'après examen des candidatures⁹⁸⁷. Dans le cadre des concessions d'aménagement, la discussion est possible avec les candidats ayant remis des propositions et, pour les collectivités territoriales, après que l'organe délibérant ait désigné en son sein la commission chargée d'émettre un avis sur les propositions reçues⁹⁸⁸.

À la suite de ces négociations ou dialogues, les entreprises candidates déposent leurs offres définitives qui font ensuite l'objet d'une évaluation de la part de la personne publique. Dans les procédures d'appel d'offre des marchés publics, ou lorsqu'aucune phase de discussion n'est prévue, cette évaluation intervient après l'examen des candidatures. Le processus d'achat public entre ainsi dans la phase fondamentale de la procédure de passation : le choix du cocontractant. Parmi les offres définitives des candidats, et après avoir écarté les offres irrecevables, la personne publique doit choisir laquelle correspond le mieux aux critères préalablement définis⁹⁸⁹. La succession de toutes les phases précédentes a pour objectif de permettre le choix le plus opportun pour l'administration. Cette phase décisive intervient donc au terme d'un processus chronologiquement encadré.

Le choix du cocontractant n'est pas le point final du processus d'achat public, puisque d'autres phases interviennent à la suite de ce choix. Dans les procédures d'appel d'offre des

⁹⁸² Art. L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁸³ Art. 35 du code des marchés publics 2006.

⁹⁸⁴ Art. 28 du code des marchés publics 2006.

⁹⁸⁵ TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n° 10-03008 et 10-03238 : *Contrats Publics* n° 112, p. 58, note H. Letellier et P. Proot ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 202 et 224, obs. F. Llorens – CAA Nantes, 7 juin 2013, *Société Phytorem SA*, n° 11NT03240 : *AJDA* 2013, p. 2128, n° 37 ; *Contrats et marchés publ.*, 2013, comm. 285, obs. M. Ubaud-Bergeron – CE, 18 septembre 2015, *Société Axxess*, préc.

⁹⁸⁶ Art. 66 du Code des marchés publics.

⁹⁸⁷ Art. 67 du Code des marchés publics.

⁹⁸⁸ Art. R.300-8 et R.300-9 du Code de l'urbanisme.

⁹⁸⁹ L'intensité de cette exigence dans le choix du cocontractant varie en fonction de la procédure et du contrat envisagé. Par exemple, en matière de délégation de service public, le délégant dispose d'une plus grande liberté de choix que dans le cadre d'un marché public à procédure formalisée.

marchés publics, avec l'accord de l'attributaire du marché, le pouvoir adjudicateur peut procéder à une mise au point⁹⁹⁰. Ce procédé consiste en des précisions écrites annexées au marché, destinées à améliorer la valeur technique de l'offre retenue ou à corriger les anomalies qu'elle pourrait comporter. Le Code précise que cette mise au point n'est possible qu'avec le candidat retenu, et elle doit intervenir avant la conclusion du marché⁹⁹¹ : elle est donc chronologiquement réglementée. En matière de dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat retenu de clarifier des aspects de son offre à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations⁹⁹². À la suite du choix du cocontractant, la personne responsable du contrat doit respecter certaines modalités de publicité, notamment celle d'informer les candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre. Pour se protéger de certains recours contentieux, elle doit procéder à une publicité *ex post* portant sur les modalités d'attribution du contrat⁹⁹³. Une fois le contrat signé, l'exécution des obligations contractuelles par l'attributaire du contrat débute.

Il ressort donc clairement de l'étude du droit positif qu'il existe une chronologie dans le processus d'achat public. Le pouvoir adjudicateur doit respecter une série d'étapes, dans un ordre précis, avant de pouvoir procéder à la conclusion du contrat. Le temps est ainsi une véritable clé de lecture des procédures de passation. Cette clé de lecture temporelle sera transposée aux principes de la commande publique afin de préciser leurs fonctions propres. Cette conception chronologique des procédures est confirmée par le caractère obligatoire du temps sur la passation, le juge sanctionnant son irrespect.

B : Une chronologie obligatoirement observée.

La question se pose de savoir si ce rapport entre le temps et la réglementation est immuable, dirimant, ou s'il constitue un simple guide à destination des personnes publiques. Les exemples de sanction pour non respect de cette temporalité apportent des éléments de réponse. Cette chronologie de la commande publique est obligatoire dans la mesure où son

⁹⁹⁰ Art. 59.II du Code des marchés publics ; Art. 64 du Code des marchés publics.

⁹⁹¹ CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet*, n° 53636, *Rec.* p. 944 ; *D.* 1991. 188, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1991. 46, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

⁹⁹² Art. 67 du Code des marchés publics.

⁹⁹³ Les modalités de cette publicité *ex post* seront détaillées dans la section 2 du présent chapitre.

irrespect immédiat entraîne une sanction pouvant conduire à l'annulation ou à la reprise de la procédure de passation (I). La mise en place de ce processus chronologique permet également de sanctionner son irrespect médiateur car, si au cours de la procédure ou lors de l'exécution du contrat, le processus est rétroactivement faussé, un « *retour en arrière* » est alors indispensable (II).

I : La sanction du non respect immédiat de la chronologie.

Le juge sanctionne le non respect immédiat du processus chronologique de passation des contrats de la commande publique, confirmant par conséquent le caractère obligatoire du respect de la temporalité de l'achat public. Toutes les modalités antérieures à la publicité doivent être scrupuleusement respectées, car elles conditionnent la légalité de la procédure à venir et ont donc une influence sur les obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, un respect tardif ou absent de ces modalités peut entraîner l'annulation de la procédure de passation⁹⁹⁴. C'est le cas de la détermination des besoins, dont la conduite fait l'objet d'un contrôle restreint de la part du juge⁹⁹⁵, qui touche ainsi « *à la politique d'achat du pouvoir adjudicateur et, par-delà, à son administration* »⁹⁹⁶. La personne responsable de l'achat doit également anticiper les critères de sélection des candidatures et des offres qu'elle doit publier avant la mise en concurrence⁹⁹⁷, et qui dépendent, en outre, de la détermination des besoins préalables. Ainsi, une entrave chronologique aux obligations présentes en amont du processus d'achat public, en plus de porter préjudice au déroulement de la procédure, peut entraîner une

⁹⁹⁴ L'absence de ces modalités peut inciter le pouvoir adjudicateur à ne pas procéder à une mise en concurrence des candidats alors que celle-ci est obligatoire. Dans ce cas, la sanction du non respect immédiat de la chronologie est évidente.

⁹⁹⁵ CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, préc.

⁹⁹⁶ S. HUL, obs sous CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, *AJCT* 2014, p. 113.

⁹⁹⁷ CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec. p. I-11617* ; *BJCP* 2002, p. 196, concl. S. Alber et obs. Ph. Terneyre ; *Dr. Adm.* 2003, comm. 34, note A. Ménéménis ; *CP-ACCP* n° 20, 2003, p. 63, comm. E. Fatôme et L. Richer ; *AJDA* 2003. 623, note T. Gliozzo ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 49 et 51, note G. Eckert ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. Ritleng – CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, préc. – CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec. p. 4*, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau – CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec. p. 502* ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees – CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, *Rec. p. 211* ; *BJCP* n° 72, p. 337, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2010. 1234 ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 271, Ph. Rees.

annulation de cette dernière. Cet enchaînement temporel a pour objectif d'assurer un minimum d'efficacité dans la commande publique et assure en partie la légalité de l'opération contractuelle.

Lors de la mise en concurrence effective, le non respect immédiat de la chronologie entraîne également des sanctions. C'est le cas lorsque les candidatures sont évaluées avant les offres, ou lorsque les offres sont examinées à la lumière des critères de sélections des candidatures⁹⁹⁸. C'est également le cas lorsque sont entreprises des discussions avec les candidats sans que ne soient réunies des conditions préalables obligatoires⁹⁹⁹. Dès lors, l'autorité adjudicatrice doit respecter un ensemble d'étapes avant le choix du cocontractant sous peine d'une annulation de la procédure de passation sur le fondement d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le pouvoir adjudicateur doit donc scrupuleusement respecter le « *calendrier* » procédural préalablement déterminé à défaut d'entraîner un risque contentieux.

Naturellement, le non respect immédiat de la chronologie ne constitue pas le seul fondement d'une sanction de la procédure de passation. Les acteurs de la commande publique peuvent respecter rigoureusement le calendrier et commettre cependant des erreurs susceptibles d'entraîner l'annulation de la procédure. C'est par exemple le cas si le pouvoir adjudicateur avantage de manière significative l'un des candidats afin qu'il remporte le contrat. Néanmoins, la temporalité du droit de la commande publique est une véritable obligation à la charge de la personne publique, qui est également astreinte au respect médiat du temps.

II : La sanction du non respect média de la chronologie.

Le processus d'achat public, à l'instar de l'exécution des contrats, n'est pas figé, car il est possible que des modifications interviennent lors de la procédure de passation. Ces modifications sont nécessaires pour l'administration car cette dernière peut s'apercevoir, lors de la procédure, qu'elle a mal évalué ses besoins ou mal déterminé les modalités de mise en concurrence. Soucieux de l'existence et de la nécessité d'un tel phénomène, le législateur et le juge permettent, sous certaines conditions, une rectification du processus d'achat public en

⁹⁹⁸ Cf. *Infra*, II.

⁹⁹⁹ V. notamment les articles 35, 66, 67 du Code des marchés publics.

cours. Cet encadrement découle de l'existence certaine d'une chronologie, puisque les modifications ne peuvent remettre en cause les acquis des étapes précédentes, sauf à reprendre ou recommencer une procédure. Ainsi, « *plus la procédure de sélection progresse vers le choix du cocontractant, plus la marge de manœuvre de l'administration dans la modification du règlement se rétrécit* »¹⁰⁰⁰. Cette affirmation de Pierre Bourdon, qui décrit le processus d'achat public comme un entonnoir, confirme la correspondance entre le régime des modifications précontractuelles et le temps. Plus la procédure de passation est avancée, plus les modifications sont encadrées, voire prosrites, et ce en toute logique. Il est en effet plus difficile de rectifier certaines erreurs lorsque la procédure est avancée. Les acteurs de la commande publique sont donc contraints de respecter médiatement la chronologie de la commande publique.

L'administration demeure assez libre lorsqu'elle modifie les caractéristiques du contrat ou de la procédure avant la date de réception des candidatures. Elle peut, d'une part, procéder à des modifications mineures, de détail. Dans ce cas, elle a l'obligation d'envoyer un additif aux entreprises ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner au contrat en retirant auprès de l'administration les dossiers de la consultation¹⁰⁰¹. Elle doit également laisser un délai suffisant aux candidats pour élaborer leur offre si la modification apportée le justifie¹⁰⁰². D'autre part, et c'est dans ce cas que la liberté est grande, l'administration peut procéder à des modifications substantielles de l'objet ou des conditions initiales du contrat. Une rectification revêt un caractère substantiel si elle influence le comportement des entreprises, soit concernant leur décision d'être ou non candidate, soit concernant les termes de leur offre¹⁰⁰³. Elle a pour effet de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. Dans cette hypothèse, la personne publique doit obligatoirement respecter deux modalités : elle doit envoyer un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence initial¹⁰⁰⁴ ; elle doit respecter un nouveau délai de remise des candidatures « *pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de*

¹⁰⁰⁰ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁰¹ CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

¹⁰⁰² F. LINDITCH, « À propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, *JCP A*, n° 14, 29 mars 2004, p. 458.

¹⁰⁰³ W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

¹⁰⁰⁴ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n° 287955 – CAA Marseille, 16 octobre 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131.

*présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du délai utile pour déposer une offre »*¹⁰⁰⁵. Par conséquent, toute modification de l'objet du contrat ou des conditions de la consultation doit être portée à la connaissance des candidats ayant déposé leurs candidatures ainsi que des entreprises susceptibles d'être intéressées par la conclusion du contrat par l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence rectificatif¹⁰⁰⁶. Cet outil permet à la personne publique de modifier librement certains termes du futur contrat qui peut s'apparenter à un nouveau contrat.

Après la date de réception des candidatures, l'administration ou les entreprises candidates disposent d'une marge de manœuvre restreinte. L'autorité adjudicatrice ne dispose plus de la possibilité de procéder à l'envoi d'un avis rectificatif, dans la mesure où, après cette date, aucun opérateur économique ne peut candidater à l'attribution du contrat : la procédure est dite fermée. Dès lors, l'administration ne peut procéder ou imposer des modifications qui remettraient en cause les conditions initiales de concurrence sans porter atteinte aux principes de la commande publique. Toute modification substantielle est exclue¹⁰⁰⁷, excepté si l'autorité adjudicatrice déclare la procédure infructueuse et recommence une nouvelle procédure pour permettre aux soumissionnaires potentiels qui s'étaient abstenus de candidater de présenter leur offre¹⁰⁰⁸. En effet, « *c'est qu'une modification importante (...) est en délicatesse au regard de l'égalité entre l'ensemble des candidats potentiels. En effet, certains d'entre eux, qui se sont abstenus de soumissionner en raison des caractéristiques initiales du contrat, pourraient être plus intéressés par ses caractéristiques modifiées* »¹⁰⁰⁹. Ainsi, dans la plupart des cas, seules les modifications ne remettant pas en cause les conditions initiales de mise en concurrence sont admises. À ce titre, le législateur de l'Union européenne souligne que « *les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* »¹⁰¹⁰. Par conséquent, le législateur de l'Union

¹⁰⁰⁵ CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, préc. En l'espèce, il s'agit d'une procédure d'appel d'offre : le délai doit donc être de 52 jours.

¹⁰⁰⁶ P. LE BOUEDEC, *JCL contrats et marchés publics*, Fasc. 60-30 : « Publicité et information des candidats ».

¹⁰⁰⁷ CE, Sect. 10 janvier 1930, *Sieurs Le Cordenner et Petton*, n° 90390, 90397, *Rec.* p. 44 – CE, 22 avril 1983, *Auffret et autre*, n° 21509, *Rec.* p. 160.

¹⁰⁰⁸ CE, 4 avril 1997, *Comme de l'Île d'Yeu*, n° 147957, *Rec. T.* p. 929 ; *D.* 1998. 230, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1997. 436, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁰⁰⁹ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰¹⁰ Pt. (45) de la Directive 2014/24/UE préc.

démontre une volonté certaine de maintenir les conditions de mise en concurrence préalablement arrêtées lors de la procédure de passation.

Pour les délégations de service public, le délégant peut apporter, au cours de la consultation, des adaptations à l'objet du contrat envisagé si ces adaptations sont limitées, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises, un caractère discriminatoire¹⁰¹¹. Si les modifications faussent les règles de la concurrence, la procédure est annulée¹⁰¹². En outre, les critères de sélection ne peuvent être modifiés en cours de consultation¹⁰¹³. La personne publique dispose cependant de la possibilité, si certaines offres ne correspondent pas exactement aux exigences de service public énoncées dans le règlement d'appel d'offre, de demander à certains candidats de modifier leur offre afin qu'elle satisfasse à ces exigences¹⁰¹⁴. Dans ce cas, elle doit laisser un délai suffisant à l'entreprise concernée par la demande pour modifier son offre¹⁰¹⁵. Quant aux candidats, ils disposent de la possibilité, au cours de la négociation, de modifier leur offre¹⁰¹⁶. Cette modification ne doit cependant pas être substantielle et tous les candidats doivent être en mesure de modifier leur offre dans des conditions d'égalité.

Pour les contrats de partenariat, les discussions entre les candidats et la personne publique sont assez libres et peuvent porter sur tous les aspects du contrat. Cependant, lors du dialogue ou de la négociation, les demandes de clarification des offres ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou les caractéristiques essentielles du contrat¹⁰¹⁷. Le pouvoir adjudicateur, en cours de procédure, ne peut modifier ni les critères

¹⁰¹¹ CE, 29 juillet 1998, *Editions Dalloz-Sirey*, n° 188686, *Rec.* p. 330 ; *BJCP*, 1998, n°1, p. 76, concl. H. Savoie – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presque île guérandaise*, préc. Avant l'apparition de la loi *Sapin* qui soumet la passation des délégations de service public à des obligations de publicité et de mise en concurrence, la solution était différente : le Conseil d'État considérait que l'autorité publique pouvait modifier ultérieurement les termes de l'offre, pour y apporter les améliorations qu'elle jugeait nécessaires : CE, Ass., 3 mars 1993, *Association des amis de la forêt de Saint-Germain*, n° 126719 et 126821 ; *AJDA* 1993, 387, chron. Ch. Maugué et L. Touvet ; *CJEG* 1993, 360, concl. Sanson.

¹⁰¹² CAA Paris, 13 juin 2006, *Commune d'Asnières-sur-Seine*, n° 03PA03602 ; *AJDA* 2006. 1844, note J.-D. Dreyfus.

¹⁰¹³ CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux France*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

¹⁰¹⁴ CE, 14 mars 2003, *Société Air Lib*, n° 251610, *Rec. T.* p. 861 ; *AJDA* 2003. 1052, note J.-D. Dreyfus.

¹⁰¹⁵ CE, 18 juin 2010, *Société SAUR*, n° 335475, n° 335485.

¹⁰¹⁶ CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107, n° 286108 ; *BJCP*, n° 49, 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, note E. Delacour.

¹⁰¹⁷ Art. L.1414-7 du Code général des collectivités territoriales.

d'attribution définis au départ, ni leur pondération¹⁰¹⁸. La logique est similaire pour les procédures négociées¹⁰¹⁹ des marchés publics ou le dialogue compétitif¹⁰²⁰, ainsi que pour les marchés publics soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁰²¹.

La question du régime des modifications précontractuelles après la date de réception des candidatures a pu se poser pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Le Code des marchés publics reste très lacunaire sur les modalités de cette procédure, laissant le pouvoir adjudicateur assez libre. Le juge administratif comble cette lacune, en affirmant que même si dans le cadre de cette procédure, la collectivité est libre de déterminer la procédure à suivre, il ne lui est pas possible de modifier substantiellement l'objet du marché en cours de procédure¹⁰²². Dans certaines hypothèses, toute modification après la date de réception des candidatures, même mineure, est interdite : c'est le cas des procédures d'appel d'offre du Code des marchés publics¹⁰²³. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre¹⁰²⁴, ou de procéder à une mise au point avec le candidat retenu. Cependant, ces précisions ou compléments ne s'apparentent pas à de réelles modifications de l'offre¹⁰²⁵ ni du contrat définitif¹⁰²⁶. Par conséquent, le juge sanctionne les modifications médiate qui remettent en cause le processus chronologique de l'achat public.

¹⁰¹⁸ CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et a.*, n° 269814, *Rec.* p. 393 ; *Dr. adm.*, 2005 comm. 4, note A. Ménéménis ; *AJDA* 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2004. 1103, concl. D. Casas ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 249, note G. Eckert.

¹⁰¹⁹ Art. 66 du Code des marchés publics – CAA Marseille, 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre, Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 00MA01402 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 28, note F. Olivier ; *CP-ACCP* 18/2003, note C. Cabanes et P. Marty : la négociation ne doit pas altérer de manière substantielle l'objet ni les conditions de la consultation.

¹⁰²⁰ Art. 67 du Code des marchés publics pour le dialogue compétitif – CE, 4 avril 2005, *Commune de Castellar*, n° 265784, *Rec.* p. 141 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 149, note F. Olivier ; *Dr. adm.* 2005, comm. 102, note A. Ménéménis.

¹⁰²¹ Cass., com., 8 décembre 2009, n° 08-21.714.

¹⁰²² TA Caen, 21 décembre 2006, *Préfet de la Manche*, n° 0602284 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 325 – CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

¹⁰²³ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁰²⁴ Ces dispositions sont des applications du principe de l'intangibilité des offres en procédure d'appel d'offre, principe constant dans la jurisprudence du Conseil d'État depuis un arrêt du 25 juillet 1939, *Dame Veuve gautron*, n° 64734, *Rec.* p. 529.

¹⁰²⁵ O. LENZ, concl. sur CJCE, 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-87/94, pt. 37 : « du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme "préciser" utilisé dans la déclaration commune du Conseil et de la Commission, dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou de le définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé dans la déclaration commune, celui de "compléter", nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre ».

¹⁰²⁶ F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », concl. sur TA Nice, 23 mars 2006, *Société Degremont*, n° 9905093, *AJDA* 2006, p. 1277.

Le droit de la commande publique est ainsi modulé par le temps, qui joue un véritable rôle de structuration du processus d'achat public, que le juge peut être amené à sanctionner en cas de non respect. Il convient à présent de conceptualiser cette chronologie de la commande publique, afin de dégager « les temps de la commande publique », à partir de l'étude approfondie des procédures de passation. C'est à partir de cette conception temporelle du processus d'achat public qu'il sera possible d'appréhender les fonctions propres à chaque principe de la commande publique.

SECTION 2 : La systématisation consécutive des temps du droit de la commande publique.

La relation entre le droit de la commande publique et le temps démontrée, il convient de se pencher sur son utilisation concrète. Actuellement, deux conceptions des procédures de passation existent : une vision uniforme de la procédure de passation ; une vision morcelée des procédures de passation. D'un côté, une vision uniforme, car la procédure est conçue comme un tout s'enchaînant chronologiquement, alors qu'elle est souvent extrêmement formalisée et complexe. L'absence d'une conceptualisation de la procédure de passation en est la preuve. De l'autre, une vision morcelée, car il existe des multitudes de procédures différentes¹⁰²⁷ débouchant sur un « *droit de la commande publique en miettes* »¹⁰²⁸. Ces conceptions sont problématiques car elles sont à l'origine d'un désordre du droit de la commande publique¹⁰²⁹. Une conceptualisation du temps dans la commande publique permet de remédier à ces difficultés, d'une part, en tranchant avec la vision uniforme des procédures et, d'autre part, en réunissant des éléments communs à l'ensemble des procédures. C'est en cela que réside l'utilité d'une analyse sur les relations entre la chronologie et le droit

¹⁰²⁷ La multiplication des différentes procédures est en lien avec la prolifération des différents types de contrats de la commande publique. Voir à ce sujet F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 7.

¹⁰²⁸ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Le droit de la commande publique en miettes », *Contrats et Marchés Publ.* 2005, Repère 1.

¹⁰²⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Le morcellement des procédures de passations est à l'origine d'une complexité aboutissant à l'existence d'une insécurité juridique dans l'application des règles de la commande publique ; la vision homogène de la procédure de passation ne permet pas de cibler les applications concrètes de chaque principe de la commande publique.

de la commande publique. À partir de cette analyse, il est possible de procéder à une systématisation temporelle du régime de la commande publique. Cette conceptualisation, reposant sur un découpage temporel de la commande publique, permet à la fois de constituer une grille de lecture et de dégager des éléments communs à l'ensemble des procédures de passation.

Cette systématisation des temps de la commande publique se fonde sur l'existence d'objectifs distincts et propres à chacun d'eux. L'étude minutieuse de l'ensemble des procédures de passation permet de dégager des buts plus précis que les objectifs généraux poursuivis par l'ensemble des trois principes¹⁰³⁰ et qui débouchent sur une séparation logique des différentes étapes amenant à la conclusion et à l'exécution du contrat. Malgré les dissemblances existantes entre les différentes procédures, ces objectifs restent communs au déroulement de tout processus d'achat public. À travers l'étude transversale des procédures de la commande publique, il convient de démontrer qu'il existe plusieurs temps chronologiquement structurés et différenciables, à l'intérieur desquels existent des enjeux et une logique foncièrement différents, dont la réunion permet de servir les grandes logiques communes. Aux objectifs et temps préalables au choix de cocontractant (**paragraphe 1**) suivent les objectifs et temps ultérieurs à ce choix (**paragraphe 2**).

Pierre Bourdon¹⁰³¹, dans sa thèse relative au *Contrat administratif illégal*, procède à une systématisation du temps dans la commande publique. L'auteur évoque l'existence de trois grandes phases chronologiques dans la mise en concurrence du contrat. La première phase « est celle où l'administration fait connaître aux candidats potentiels l'opportunité de conclure le contrat par une mesure de publicité »¹⁰³². Cette phase est relative à l'appel à la concurrence au moyen d'une publicité préalable. La deuxième phase « consiste en la sélection des candidatures déposées »¹⁰³³, une fois la date de réception des candidatures passée. Enfin, « la troisième et ultime phase est celle du choix du cocontractant parmi les divers concurrents »¹⁰³⁴. Par la suite, l'auteur étudie distinctement ces phases, en précisant pour chacune d'elle les différentes règles qui s'y appliquent¹⁰³⁵. Ce n'est pas ce découpage

¹⁰³⁰ Ces objectifs sont l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics, et l'ouverture des marchés à la concurrence : Cf. *Supra*, Titre 1.

¹⁰³¹ P. BOURDON, *op. cit.*

¹⁰³² *Ibid.*, p. 233.

¹⁰³³ *Idem.*

¹⁰³⁴ *Idem.*

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 233 et s.

chronologique qui est retenu dans les développements qui suivent. Il convient de démontrer qu'il existe quatre temps différents de la commande publique : l'accès à la procédure, la mise en concurrence effective, la finalisation de la procédure et l'exécution du contrat.

Cette conceptualisation des temps de la commande publique permet de dégager une grille de lecture temporelle du processus d'achat public, qui sera utilisée pour structurer l'application des principes de la commande publique. En effet, cette grille permet d'appréhender une application temporelle des principes de la commande publique, dans le but de préciser leurs fonctions propres au sein du tout qu'ils forment.

Paragraphe 1 : Le dévoilement des temps préalables au choix du cocontractant.

Le choix du cocontractant est l'aboutissement logique des procédures de passation organisées dans le cadre de la commande publique. Ce point cardinal du processus d'achat public est précédé de différentes étapes chronologiquement structurées, qui poursuivent deux objectifs distincts : un objectif d'accès à la procédure de passation d'une part, un objectif de mise en œuvre efficace de la procédure de passation d'autre part. L'existence tranchée de ces deux objectifs permet de dégager les deux premiers temps de la commande publique : le temps de l'accès à la procédure de passation, qui est la phase de préparation de cette procédure (**A**) ; le temps de la mise en œuvre efficace de la procédure de passation, aboutissant au choix de l'offre (**B**).

A : Le temps de l'accès à la mise en concurrence, phase de préparation de la procédure.

L'objectif d'accès à la procédure de passation, commun à l'ensemble des contrats de la commande publique (I), réunit divers éléments qu'il conviendra d'assembler dans un unique temps de préparation de la procédure de passation (II). Guidée par la poursuite d'une ouverture à la concurrence saine et loyale du futur contrat, cette phase à dimension économique permet d'appeler un nombre suffisant de soumissionnaires potentiels afin d'organiser une mise en concurrence efficace débouchant, par la suite, sur le choix de l'offre et du cocontractant.

I : L'existence d'un objectif d'accès commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

L'objectif premier de toute initiative d'achat public est celui d'un accès des opérateurs économiques à la mise en concurrence. Cet objectif à dimension économique découle d'une logique d'ouverture à la concurrence issue du droit de l'Union européenne, afin que les opérateurs économiques des États membres puissent accéder aux contrats de la commande publique exécutés sur le territoire de l'Union. L'enjeu est d'offrir la possibilité à tout candidat potentiellement intéressé de participer à la procédure de passation pour remporter le contrat. La finalité de cet objectif, situé nécessairement en amont de la procédure de passation, est de susciter une concurrence assez large et adaptée au type de contrat, afin d'obtenir ensuite une mise en concurrence efficace¹⁰³⁶. Il s'agit, véritablement, de déterminer les conditions de participation à la mise en concurrence¹⁰³⁷, et de les faire connaître à ceux susceptibles d'être intéressés afin qu'ils puissent, s'ils remplissent les critères, candidater. *A contrario*, cet objectif fait obstacle aux entraves dans l'accès aux contrats de la commande publique. Cette « *étape de préréflexion* »¹⁰³⁸ peut être considérée comme une véritable phase préparatoire à la procédure de passation du contrat, préalable à une mise en concurrence effective. Cet objectif, corollaire d'une ouverture à la concurrence saine et loyale, permet à la personne responsable de l'achat d'appeler un grand nombre d'opérateurs économiques à candidater, lui permettant ainsi d'avoir de fortes chances d'obtenir une offre correspondant au mieux à ses besoins. Cet

¹⁰³⁶ En effet, sans appel à la concurrence, il ne peut y avoir de mise en concurrence efficace.

¹⁰³⁷ Ph. PROOT, « Les conditions de participation à un marché public », *CP-ACCP* 2006, n° 58, p. 75.

¹⁰³⁸ J.-D. DREYFUS, « Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics », *RDI* 2001, p. 211.

objectif d'accès est commun à l'ensemble des contrats de la commande publique soumis à des procédures de passation, dans la mesure où c'est justement dans un but d'accès à la commande publique qu'ont été imaginées les procédures de mise en concurrence.

Cet objectif d'accès à la mise en concurrence existe également pour certains contrats de la commande publique non soumis à une procédure de passation ou à des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence. L'article 28 du Code des marchés publics relatif à la procédure adaptée dispose que « *le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* »¹⁰³⁹. Cette obligation faite au pouvoir adjudicateur de ne pas systématiquement contracter avec le même prestataire révèle l'existence d'un objectif d'accès à ce type de marché non soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cet d'objectif d'accès n'est pas exclusif au droit de la commande publique. Il est possible de trouver des similitudes dans le droit de la fonction publique. Le droit de l'Union européenne favorise l'ouverture de l'accès à l'emploi dans l'administration publique, par des procédures de recrutement, afin d'assurer le principe de libre circulation des travailleurs¹⁰⁴⁰ et l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité. Cet accès est limité, l'article 45 TFUE disposant que « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.* ». Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne retient une conception fonctionnelle restrictive de l'administration publique qui est constituée d'un « *ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* »¹⁰⁴¹. Les ressortissants des États membres disposent donc du droit d'accéder aux emplois de la fonction publique interne en cas

¹⁰³⁹ Art. 28, III du Code des marchés publics.

¹⁰⁴⁰ Art. 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail* ».

¹⁰⁴¹ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-149/798, Rec. p. 03881, §10.

d'équivalence des diplômes¹⁰⁴², sauf si l'emploi entre dans la définition donnée par la Cour. Le parallèle peut également être fait en droit interne de la fonction publique pour ce qui concerne l'ouverture du concours et l'admission à concourir. Les personnes souhaitant se présenter aux concours de la fonction publique doivent répondre à certaines conditions d'admissibilités qui peuvent les empêcher de concourir¹⁰⁴³. Cependant, en dehors des conditions prévues par les statuts, ces conditions générales d'accès aux fonctions publiques doivent être justifiées par l'exercice des fonctions et ne doivent pas entraver l'accès des administrés aux emplois publics¹⁰⁴⁴. Afin d'assurer cet accès, l'administration doit respecter un principe d'égale admissibilité aux emplois publics¹⁰⁴⁵, et l'ouverture du concours doit faire l'objet d'une publicité appropriée au journal officiel¹⁰⁴⁶. Le juge administratif exerce un contrôle normal sur les décisions de refus d'admission à concourir¹⁰⁴⁷. Cette logique d'accès est similaire en droit de la commande publique, puisque la personne responsable du futur contrat doit, en déterminant les conditions d'admission à participer à la procédure et en procédant à une publicité, assurer l'accès à la mise en concurrence.

La question se pose du point de départ de ce temps de la commande publique. Il n'existe pas de date précise pendant laquelle la personne publique décide de passer un contrat et en détermine les conditions d'accès. Cette période de réflexion ne dispose ainsi pas d'une origine précise, même si certains actes préalables des collectivités, tels qu'une délibération sur le principe même de passer un contrat, donne des indices en ce sens. L'achèvement de cet objectif est en revanche déterminé. C'est lorsque la publicité est faite que se termine cette logique d'accès à la procédure de passation. En effet, la publicité intervient lorsque les conditions d'accès ont été décidées et déclenche la procédure de passation. C'est à ce moment que débute une logique de mise en concurrence entre les candidats qui ont effectivement

¹⁰⁴² CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec.* p. I-08219 ; *AJDA* 2003. 1734, note S. Gervasoni ; *ibid.* 1911, étude F. Melleray ; *ibid.* 1916, interview I. Burbaud ; *D.* 2003. 2851, note P. Icard ; *AJFP* 2003. 8, note J. Mekhantar – CE, 16 mars 2005, *Mme Burbaud*, n° 268718, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2005. 1465, concl. T. Olson ; *JCP A* 2005, n° 1271, note Ch. Ferrari-Breur – Décret n° 2007-196 du 13 février 2007 relatif aux équivalences de diplômes requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique, *JORF* n°38 du 14 février 2007, p. 2746.

¹⁰⁴³ Art. 5 du Titre 1 de la Loi du 13 juillet 1983.

¹⁰⁴⁴ CE, 24 janvier 1975, *Association française des hémophiles*, n° 93052, *Rec.* p. 52 ; *Rev. Trim. Dr. San. et Soc.*, 1975, p. 381, concl. Rougevin-Baville.

¹⁰⁴⁵ CC, Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *3ème voie d'accès à l'ENA*, *Rec.* p. 35 ; *AJDA* 1983. 312, note Y. Gaudemet ; *RDP*, 1992. 425, note M. Fabre-Alibert – CE, 28 mai 1954, *Barel et autres*, n° 28238, 28493, 28524, 30237, 30256, *Rec.* p. 308.

¹⁰⁴⁶ CE, 20 octobre 1999, *Bailleul*, n° 181732, *Rec.* p. 323 ; *Dr. adm.*, 2000, comm. 13, note C. Moniolle ; *Dr. adm.*, 2000, comm. 9, note R. S.

¹⁰⁴⁷ CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, n° 34782, *Rec.* p. 125 ; *AJDA* 1983, p. 527, chron. Lasserre, Delarue ; *Rev. Adm.*, 1983, p. 370, note B. Pacteau ; *RDP*, 1983, n° 5, p. 1404, note J. Waline.

accès à la procédure de passation. Cet acte, qui dispose d'une fonction économique, permet d'appeler les soumissionnaires potentiels intéressés qui souhaitent être mis en concurrence pour obtenir le contrat. Par son biais, les soumissionnaires potentiels, les candidats virtuels, ont la possibilité de devenir des candidats réels¹⁰⁴⁸. La publicité sépare donc la préparation de la procédure et sa mise en œuvre effective. Par conséquent, tous les éléments antérieurs à la publicité constituent ce premier temps de l'accès à la procédure de passation.

II : L'existence subséquente d'un temps d'accès commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Il convient à présent de lister les éléments susceptibles d'entrer dans ce premier temps de la commande publique, et ce dans l'objectif d'appréhender par la suite les fonctions propres à chaque principe. En effet, ces éléments constituent les finalités du ou des principes correspondant à ce temps.

Tous les éléments antérieurs à la publicité doivent être assemblés dans cet unique temps de préparation de la procédure de passation, car ils concernent toutes les considérations liées à l'objectif d'accès à la mise en concurrence, et, *in fine*, d'accès au contrat. L'absence de libre choix de la personne publique est une des conditions d'accès des entreprises à la commande publique. En effet, les procédures de passation, en empêchant la personne publique de toujours faire appel au même prestataire, permettent l'accès au contrat à d'autres entreprises potentiellement intéressées. *A contrario*, l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence amoindrit l'accès des entreprises potentiellement intéressées, ces dernières pouvant être évincées du contrat sans que la personne publique ait à justifier son choix.

Les interdictions de soumissionner et les mesures d'exclusion font également partie de ce temps de l'accès à la procédure de passation. Les interdictions de soumissionner ayant pour effet d'exclure de la commande publique certaines catégories de candidats, elles sont en lien direct avec l'accès à la commande publique. L'exemple le plus probant est celui des marchés publics¹⁰⁴⁹. L'article 43 du Code des marchés publics détermine une liste d'interdiction de

¹⁰⁴⁸ La distinction candidats virtuels / candidats réels est empruntée à M. GUIBAL, « Egalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.

¹⁰⁴⁹ Les dispositions applicables aux marchés publics s'appliquent également aux marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et aux concessions de travaux publics, ainsi qu'aux délégations de service public : Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

soumissionner qui tient compte des exclusions introduites par la directive 2004/18¹⁰⁵⁰, reprises par la directive 2014/24¹⁰⁵¹, en vue de lutter contre la criminalité économique. En droit de l'Union européenne, les possibilités d'exclusions ont un caractère limitatif, mais la Cour de justice laisse cependant la possibilité aux États d'instituer des motifs d'exclusions nécessaires à la mise en œuvre des principes de la commande publique, pour autant qu'ils soient proportionnés aux objectifs à atteindre¹⁰⁵².

Doivent également être inclus dans ce temps de l'accès les critères de sélection des candidatures¹⁰⁵³, ainsi que les modalités de rédaction des pièces de consultation. Des critères de sélection trop restrictifs entravent en effet l'accès des candidats à la mise en concurrence¹⁰⁵⁴.

L'accès aux contrats de la commande publique a pu susciter des discussions sur la candidature des personnes publiques. Du fait de son statut particulier, la question s'est posée de la possibilité pour une personne publique d'avoir accès aux contrats de la commande publique. Selon le Conseil d'État, elles bénéficient effectivement de cette possibilité, puisqu'aucun « *texte ni principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* »¹⁰⁵⁵. Cette possibilité d'accès est toutefois soumise à conditions¹⁰⁵⁶. Récemment, le

¹⁰⁵⁰ Art. 45 de la Directive 2004/18 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services, *JOUE*, p. 0114.

¹⁰⁵¹ Art. 57 de la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE*, p. L 94/65.

¹⁰⁵² CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. p. I-09999* ; *AJDA* 2009. 252 ; *RJEP* 2009, n° 34, p. 10 ; *JCP A* 2009, n°2189, note O. Dubos ; *Europe* 2008, comm. 63, obs. E. Bernard ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 35, note W. Zimmer – CJUE, 15 juillet 2010, *Bâtiments et Ponts Construction SA*, aff. C-74/09, *Rec. p. I-07271* ; *CP-ACCP* 2010, n° 102, p. 13, obs. S. Chavarochette-Boufferet ; *Contrats et marchés publ.*, 2010, comm. 366, obs. W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 315, obs. M. Meister.

¹⁰⁵³ C'est le cas des critères relatifs à la capacité, des conditions relatives à la situation régulière du candidat, les obligations fiscales et sociales, et les spécifications techniques. Il est à noter que tout critère qui, par des exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques, contribue à écarter certaines catégories de candidats est irrecevable : CE, 9 février 1912, *Mauguin*, *Rec. p. 179*.

¹⁰⁵⁴ Par exemple, l'art. 45 du Code des marchés publics de 2006 relatif aux critères de sélection des candidatures précise qu'« *il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché* ».

¹⁰⁵⁵ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec. p. 492* ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 8, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2000. 1066 ; *ibid.* 987, chron. M. Guyomar et P. Collin.

¹⁰⁵⁶ CE, Ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, *Rec. p. 272* ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 202, obs. G. Eckert – CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports*, n° 324156, et n° 324232, *Rec. T. p. 829* ; *AJDA* 2009. 1402 ; *ibid.* 2006, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010. 146, note G. Clamour ; *BJCP* 2009. 444, concl. F. Lenica ; *Dr. adm.* 2009, comm. 127, note Marson ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. Eckert – CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISMa*, aff. C-

Conseil d'État a indiqué que les personnes publiques « *ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un (...) intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge* »¹⁰⁵⁷, restreignant ainsi l'accès des personnes publiques à la mise en concurrence.

L'accès des petites et moyennes entreprises¹⁰⁵⁸ (PME) à la commande publique est également un objectif qui entre dans cette première phase du processus d'achat public. Le législateur a mis en place des mécanismes dans le but de rééquilibrer la concurrence entre cette catégorie d'entreprises et les entreprises générales qui, dans le cadre de la commande publique, avaient un « quasi-monopole » sur les contrats publics de grande ampleur. L'allotissement en droit des marchés publics, la sous-traitance, l'attribution préférentielle sont ces mécanismes qui permettent de faciliter l'accès des PME au contrat.

La durée des contrats est également un élément important dans la détermination de l'accès aux contrats de la commande publique, dès lors qu'une durée indéterminée ou trop longue ferme l'accès au contrat pour les candidats potentiellement intéressés. C'est la raison pour laquelle la plupart des contrats administratifs doivent être conclus pour une durée limitée et adaptée à l'objet et au type de contrat. À ce titre, certains observent que les contrats pouvant être conclus sans limitation de durée ne sont pas soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence, et ne relèvent donc pas d'une logique de « *commande publique* »¹⁰⁵⁹. Il existe donc un lien évident entre la détermination de la durée et l'accès à la commande publique.

La publicité est également un élément fondamental de ce temps de l'accès à la commande publique. En effet, l'accès à la procédure suppose que les entreprises potentiellement

305/08, *Rec.* p. I-12129; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *RTD eur.* 2011. 432, obs. A. Lawrence Durviaux – CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 37, note G. Eckert.

¹⁰⁵⁷ CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, à paraître au recueil ; *RFDA* 2015, 57., concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2015. 7. ; *AJDA* 2015, 449., note J. Jessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *AJCT* 2015. 58., note E. Royer ; *JCP A* n° 6, 2015, comm. 2030, comm. H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 35, note L. de Fournoux.

¹⁰⁵⁸ V. à ce titre CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi Isolation*, n° 39120, *Rec.* p. 171 – J.-F. SESTIER, « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP* 2001, n° 16, p. 214 et s.

¹⁰⁵⁹ F. MELLERAY, « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 221.

intéressées aient été informées de l'intention d'achat de la personne publique. Plus la publicité est large, plus l'accès à la procédure est conséquent. Sans publicité, les candidats qui remplissent les conditions prédéterminées par la personne publique ne peuvent exercer leur liberté d'accéder à la procédure. Toutefois, deux éléments sont à distinguer dans la publicité : le support et le contenu. Le support est l'endroit où les informations relatives au contrat et à la procédure sont publiées, tandis que le contenu est la substance de la publicité. C'est le support de la publicité qui a un lien avec l'objectif d'accès à la procédure. L'effectivité de cet objectif dépend en effet de la quantité de candidats potentiels informés, donc du support sur lequel est publié la publicité. Le juge effectue par ailleurs un contrôle sur le support de publicité afin de s'assurer qu'il est adapté à l'objet et au montant du contrat¹⁰⁶⁰. L'objectif d'accès est donc en lien avec l'aspect « *horizontal* »¹⁰⁶¹ de la publicité, c'est à dire « *la publicité dans l'espace* »¹⁰⁶², accessible à un nombre suffisant de candidats potentiels.

Par conséquent, tous ces éléments concernant l'accès des candidats potentiels à la commande publique doivent être réunis dans ce temps. Cette phase de préparation de la procédure est ainsi constituée de toutes les modalités permettant de préparer et d'assurer une mise en concurrence efficace. L'objectif d'accès à la procédure, intrinsèque à ce temps, constitue la fonction de l'un des principes de la commande publique qui sera attaché temporellement à cette période. Vient ensuite le temps de la mise en œuvre effective de la procédure de passation.

B : Le temps de la mise en œuvre de la procédure, phase de déroulement de la mise en concurrence.

Au temps de l'accès à la procédure de passation succède le temps de la réalisation concrète de cette procédure, par le biais de la mise en concurrence (II). Cette étape est une véritable phase de confrontation entre les candidats réels, et non plus potentiels, et l'autorité adjudicatrice. Cette phase rompt ainsi avec la logique de pré-réflexion de la phase précédente. Dans ce deuxième temps de la commande publique, il existe deux objectifs parallèles et

¹⁰⁶⁰ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n° 278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, comm. 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

¹⁰⁶¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 206.

¹⁰⁶² F. LICHÈRE, « Le contrôle du Conseil d'État sur la procédure adaptée est-il adaptée ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

communs à l'ensemble des procédures (I), qui sont le traitement égal des candidats et l'intelligibilité de la procédure. Ce deuxième temps s'achève lorsque la personne responsable de l'achat confirme le choix du cocontractant.

I : L'existence d'objectifs parallèles communs à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Suite à l'objectif d'accès, se succèdent deux objectifs parallèles contenus dans le même temps : le traitement égal des candidats qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence (a) et l'intelligibilité des procédures (b). Ces objectifs sont parallèles dans la mesure où, temporellement, ils se composent conjointement sans s'influencer réciproquement. En effet, ils concourent ensemble à un objectif d'efficacité de la procédure de mise en concurrence tout en restant exclusifs l'un de l'autre.

a : Un objectif portant sur le traitement égal des candidats.

La mise en concurrence effective et efficace des candidats réels est la deuxième phase du processus d'achat, qui succède au temps de l'accès au contrat. Une fois la publicité préalable effectuée, les candidats qui remplissent les critères au regard des conditions d'accès préalablement déterminées manifestent leur volonté de soumissionner auprès de l'autorité adjudicatrice. Cette manifestation de volonté se matérialise par les demandes de communication des documents de consultation, puis par le dépôt des candidatures, éventuellement des offres si ces deux étapes sont concomitantes¹⁰⁶³.

La mise en concurrence effective est nécessairement ultérieure à l'objectif d'accès au contrat. En effet, la personne acheteuse est dans l'obligation, dans le cadre des procédures de passation, de déterminer les conditions d'accès au moyen d'une publicité préalable destinée à permettre la présentation de plusieurs candidatures¹⁰⁶⁴, et ce avant de procéder à la réception et à la mise en concurrence des soumissions¹⁰⁶⁵ : c'est une obligation chronologique¹⁰⁶⁶. Les acteurs de cette phase de mise en concurrence sont, à la différence du temps de l'accès,

¹⁰⁶³ C'est le cas des procédures d'appel d'offre formalisées du Code des marchés publics.

¹⁰⁶⁴ TA Pau, 7 mars 1994, *Schmeltz c/ CCI Tarbes*, n° 940222 ; *LPA* 1994, n° 64, p. 13 et s. obs. M. Roncière.

¹⁰⁶⁵ Ch. MAUGÜÉ, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA* 1998, p. 694.

¹⁰⁶⁶ Cf. *Supra*, Section 1.

clairement identifiés. Fort logiquement, s'y trouve la personne publique acheteuse ou délégante, mais également les candidats réels. Ces derniers, en se manifestant auprès de l'autorité adjudicatrice et en déposant leurs candidatures, passent du statut juridiquement flou de « *soumissionnaires potentiellement intéressés, susceptibles d'être intéressés par le contrat* »¹⁰⁶⁷, catégorie dont les membres sont indéterminables, à celui de candidats au contrat, qui sont dans ce cas des entités déterminées¹⁰⁶⁸. Le glissement entre ces deux statuts dévoile l'existence de buts différents entre ces périodes.

À ce titre, il est à noter que l'article 2 de la directive 2014/24¹⁰⁶⁹ distingue trois types d'entités. D'abord, « *l'opérateur économique* », constitué de « *toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché* ». Ensuite, le « *soumissionnaire* », qui est « *un opérateur économique qui a présenté une offre* ». Enfin, le « *candidat* », qui est « *un opérateur économique qui a demandé à être invité ou a été invité à participer à une procédure restreinte, à une procédure concurrentielle avec négociation, à une procédure négociée sans publication préalable, à un dialogue compétitif ou à un partenariat d'innovation* ». Par conséquent, la directive distingue nominativement le candidat susceptible d'être intéressé par le contrat, de celui qui a été invité à présenter une candidature, et de celui qui a effectivement déposé une offre. Dès lors, le législateur européen opère une mutation du statut du candidat en fonction de l'avancée de la procédure, c'est-à-dire en fonction du temps.

De cette confrontation directe entre la personne responsable de l'achat et les candidats ressort clairement un objectif de traitement égal des candidats, commun à l'ensemble des procédures

¹⁰⁶⁷ Le terme de « soumissionnaires potentiels » apparaît explicitement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle évoque l'existence d'une obligation de transparence « *qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat* ». V. en ce sens CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin – CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03 *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

¹⁰⁶⁸ Sur la notion de candidat à l'attribution d'un contrat public v. D. TASCIYAN, « Le droit à réparation du candidat évincé », *AJDA* 2014, p. 542 : l'auteur distingue notamment cette notion de celle de concurrent évincé. V. également TA Lyon, 19 octobre 2007, *Société SEPUR*, n° 0706592, *AJDA* 2008, p. 59.

¹⁰⁶⁹ Directive 2014/24/UE, préc.

de passation soumises à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Il ne s'agit plus de déterminer les conditions d'accès au contrat dans l'objectif de susciter une large concurrence pour permettre cet accès, mais de les mettre effectivement en œuvre, en faveur ou en défaveur des entreprises qui manifestent leur volonté de se voir attribuer le contrat. La personne acheteuse est face à plusieurs entités déterminées qu'elle doit veiller à ne pas traiter différemment en fonction de considérations qui ne sont pas intrinsèquement liées au contrat¹⁰⁷⁰. L'existence d'un objectif de traitement égal des candidats, dans un but d'efficacité de la mise en concurrence, est ainsi certaine. Sans cet objectif, l'accès à la concurrence et la mise en concurrence deviennent superflus. Il n'y a en effet aucun intérêt à mettre en place des procédures de passation si le choix du cocontractant ne s'effectue pas au regard d'un traitement égal des candidats. En effet, *in fine*, la partialité de la personne responsable de l'achat dans le traitement des candidats remet en cause l'ouverture préalable à la concurrence et s'apparente à la passation d'un contrat de gré à gré ne nécessitant pas des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cet objectif de traitement égal des candidats réels transparaît dans les textes. Par exemple, l'article 66 du Code des marchés publics sur la procédure négociée dispose que « *la négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats* ». Dans le même sens, l'article 29 de la directive 2014/24¹⁰⁷¹ dispose qu'« *au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres* ». L'article 30 de cette directive dispose également que « *au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les participants* »¹⁰⁷². Le législateur européen fait de cet objectif un point essentiel des nouvelles directives¹⁰⁷³.

Cet objectif de traitement égal des candidats s'achève logiquement lorsque la personne responsable de l'achat a procédé au choix du cocontractant. Le candidat retenu devient le futur cocontractant, et les candidats réels deviennent des candidats évincés de la procédure de

¹⁰⁷⁰ CE, 18 décembre 1968, *Compagnie générale des eaux c/ Ville de Vannes*, n° 64025, 64026, *Rec.* p. 653.

¹⁰⁷¹ Directive 2014/24/UE, *préc.*

¹⁰⁷² *Ibid.*, art. 30.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, pt (45) : « *les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* ».

passation. L'intérêt d'un traitement égal des candidats disparaît. Cet objectif est accompagné, lors de la phase de mise en concurrence, d'un objectif portant sur l'intelligibilité de la procédure.

b : Un objectif portant sur l'intelligibilité de la procédure.

Les considérations liées au traitement des candidats lors de la mise en concurrence ne sont pas les seuls éléments de mise en œuvre du processus d'achat. Toutes les procédures de passation relatives aux contrats de la commande publique traitent de la question des éléments communiqués aux candidats sur le déroulement de la mise en concurrence. Ces modalités concernent le caractère suffisant de l'information révélée aux candidats souhaitant soumissionner pour l'obtention du contrat. Un exemple parlant est le règlement de consultation, obligatoire dans le cadre de la passation des marchés publics¹⁰⁷⁴. Son objet est en effet « *d'informer les candidats à un marché sur les conditions générales du marché et la procédure qui sera suivie* »¹⁰⁷⁵, permettant à ces derniers de ne pas concourir à l'aveugle.

Ainsi, dès l'enclenchement de la procédure de passation se pose la question du contenu des informations à communiquer aux candidats, tant sur les caractéristiques du futur contrat que sur le déroulement de la procédure. En somme, l'interrogation porte sur l'intelligibilité des « règles du jeu » de la procédure de passation. Cette question est fondamentale car il n'est pas possible de concevoir que des candidats puissent présenter leur candidature à la passation d'un contrat sans en connaître toutes les règles du jeu¹⁰⁷⁶. Ces informations sont d'autant plus utiles qu'elles permettent à la compétition d'être la plus efficace possible¹⁰⁷⁷. Leur publicité permet en effet aux candidats de construire l'offre la mieux adaptée aux attentes de la personne responsable de l'achat et leur assure que cette règle sera la même pour tous¹⁰⁷⁸. Ainsi, « *refuser de dévoiler aux candidats les règles du jeu, c'est atténuer la portée d'un dispositif conçu dans l'intérêt tant des opérateurs économiques que des collectivités elles-*

¹⁰⁷⁴ CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, n° 213958, *Rec. T.* p. 1003 ; *RDI* 2001. 62, obs. F. Llorens.

¹⁰⁷⁵ S. DELIANCOURT, note sous CAA Marseille, 26 février 2004, *Société SEMEVA c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 99MA00674, *CP-ACCP* n° 36, septembre 2004, p. 68.

¹⁰⁷⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, p. 107.

¹⁰⁷⁷ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *BJCP* n° 70, p. 204.

¹⁰⁷⁸ B. DACOSTA, concl. sur CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, *BJCP* n° 72, p. 337.

mêmes »¹⁰⁷⁹. Il existe ainsi, concomitamment à l'objectif d'égal traitement des candidats, un objectif d'intelligibilité de la procédure plaçant en faveur d'une communication utile des modalités du déroulement de la procédure jusqu'au choix du cocontractant. Cet objectif concourt, avec l'égal traitement, à la poursuite d'une efficacité réelle de la procédure de passation.

Le terme « d'intelligibilité de la procédure » a été choisi car il renvoie à l'idée de clarté, de limpidité, de compréhension des règles relatives à la procédure, et d'accessibilité à ces dernières. Sans cet objectif, le déroulement de la procédure de passation se trouve biaisé. D'une part, du fait que les candidats, sans ces informations, ne peuvent présenter une offre correspondant au mieux aux besoins. D'autre part, en raison du fait que l'accessibilité aux règles du jeu pendant la procédure permet de vérifier leur respect par la personne responsable de l'achat une fois le cocontractant choisi. Cet objectif reste parallèle à celui d'un traitement égal des candidats réels car ils ne se recoupent pas dans leurs effets. Le pouvoir adjudicateur peut respecter l'égalité de traitement tout en ne communiquant pas suffisamment les divers éléments relatifs à la procédure. Il peut transmettre minutieusement les informations utiles en ne traitant pas de manière égale les candidats lors de la mise en concurrence. Tout au plus un point de convergence peut être trouvé dans l'égalité de l'information donnée aux candidats. Cette question reste cependant sous l'égide de l'objectif de traitement égal des candidats et non sous celle de l'objectif d'intelligibilité de la procédure.

Ces deux objectifs sont temporellement regroupés dans un temps de la mise en concurrence qu'il convient de décrire. *In fine*, cette description permettra de préciser les fonctions propres des principes de la commande publique, en rattachant ces deux objectifs différents au principe qui s'y rapproche le plus.

II : L'existence subséquente d'un temps de la mise en concurrence commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Les objectifs de traitement égal des candidats et d'intelligibilité de la procédure débutent à la publicité préalable et s'achèvent au choix du cocontractant. Ils disposent donc de la même temporalité. Concourant parallèlement à un objectif plus général d'efficacité de la

¹⁰⁷⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 207.

procédure, ils peuvent de fait être regroupés dans un même temps de la commande publique. Chronologiquement, ce temps correspond à la phase de mise en concurrence effective de la procédure de passation.

Toutes les modalités concernant les rapports directs entre la personne acheteuse et les candidats entrent dans ce temps de la mise en concurrence au titre de l'objectif de traitement des candidats. En premier lieu, se trouvent les échanges informatifs entre ces derniers. La personne publique a la possibilité, dans le cadre de certaines procédures de passation, de procéder à une demande de précisions ou de compléments des candidatures et des offres. Dans ce cadre, elle doit veiller à ne pas privilégier un candidat par rapport à un autre¹⁰⁸⁰. Il en est de même en ce qui concerne les modalités de régularisation des candidatures et des offres, ou lorsqu'elle communique les documents de consultation. En cas de modifications mineures ou de détail, la personne publique doit envoyer un additif aux personnes ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner au contrat en veillant à respecter un traitement égal des candidats dans cette information¹⁰⁸¹.

La négociation ou le dialogue sont deux étapes dans lesquelles les rapports entre la personne responsable du contrat et les candidats sont importants. Dans cette phase commune à certaines procédures de passation¹⁰⁸², la personne acheteuse doit veiller à ne pas privilégier un candidat par rapport à un autre, en lui réservant l'exclusivité de certaines informations par exemple¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ CE, 17 juin 1996, *Préfet de la région Ile-de-France c/ Ville de Paris et Société d'entreprise générale*, n° 136957, *Rec.* p. 230 : « qu'en invitant la seule société d'entreprise générale à modifier ses propositions sur ce point, la ville de Paris a méconnu le principe d'égalité entre soumissionnaires ; que, dès lors, le marché conclu par la ville de Paris avec la société d'entreprise générale est intervenu à la suite d'une procédure irrégulière et doit être annulé ».

¹⁰⁸¹ Pour les marchés publics, v. CE, 9 février 2004, *Communauté Urbaine de Nantes*, n°259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch – F. LINDITCH, « A propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté Urbaine de Nantes*, *JCP A*, 2004, 1232. p.458. Pour les délégations de service public, v. CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presque île Guérandaise*, n° 209319, *Rec.* p. 283.

¹⁰⁸² Dans certains cas, le recours à la négociation est interdit : c'est le cas dans les procédures de passation formalisées des marchés publics, ou pour celles des contrats de partenariat.

¹⁰⁸³ V. pour les délégations de service public, pour lesquelles la négociation est une étape fondamentale : CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de saint martin de Ré et la flotte en ré*, n° 223482, *Rec.* p. 265 ; *BJCP* 2001. 415, concl. Piveteau, note Ph. Terneyre ; *Dr. adm.* 2001, comm. 185, note D. P. ; *AJDA* 2001. 1090, note J.-P. Markus – CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *BJCP* 2006, p. 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, note E. Delacour ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel – J.-B. MOREL, « Le Conseil d'Etat se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », note sous CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, *AJDA* 2006, p. 2064 – CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, n° 336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010. 354, concl. B. Dacosta, obs. P.S ; *AJDA* 2010. 1233 ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, obs. G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *JCP A.* 2010, n° 2272, obs. F. Linditch. Pour Stéphane

La modification des candidatures et des offres, lors de ces phases, peut également être fortement encadrée pour éviter une rupture d'égalité entre les candidats.

Dans le même sens, le choix effectif des candidatures puis des offres entrent dans ce deuxième temps au titre de l'objectif de traitement égal des candidats. Dans ce cadre, les rapports entre les candidats et le pouvoir adjudicateur sont prégnants. Ils concernent tout d'abord la phase de dépôt et d'examen des candidatures, phase pendant laquelle la personne publique doit veiller à ne pas octroyer un avantage ou un désavantage injustifié à l'un des candidats. Il concerne ensuite l'examen des offres, au moyen de critères préalablement déterminés. Les différents aspects techniques de ces deux phases, qui seront analysés en détails dans les développements ultérieurs, montrent l'existence d'un véritable aménagement juridique des relations entre la personne acheteuse et les candidats. Lorsqu'une commission procède à une analyse des offres ou au choix des candidatures et des offres, la composition de cette commission ne doit pas avoir pour effet d'entacher la procédure de partialité¹⁰⁸⁴. Ainsi, de la publicité jusqu'au choix du cocontractant, la personne publique acheteuse est dans une phase de véritable confrontation avec les candidats qu'elle doit veiller à traiter de manière identique.

Toutes les modalités relatives à la communication de certaines informations sur la procédure ou les caractéristiques du futur contrat aux candidats entrent dans ce temps de la mise en concurrence au titre de l'objectif d'intelligibilité de la procédure. L'enjeu est de permettre aux candidats de connaître les règles de la mise en concurrence afin d'être en mesure d'élaborer une soumission la mieux à même de correspondre aux besoins de la personne acheteuse. Cela permet également de vérifier ultérieurement que ces règles, au préalable annoncées, ont bien été respectées. Ce sont donc toutes les modalités de publicité qui doivent être regroupées dans l'objectif d'intelligibilité de la procédure de passation. Le contenu de la publicité préalable, à

Braconnier, « la seule limite matérielle à la portée de la négociation réside dans l'interdiction, faite à l'autorité publique, de remettre en cause l'égalité entre les candidats » (note sous CE, 26 septembre 2005, Société *AGUR*, *AJDA* 2006, p. 554). Pour les marchés publics, v. art. 66 et 67 du Code des marchés publics 2006 relatif aux procédures négociées et au dialogue compétitif, qui visent expressément le principe d'égalité des candidats. Pour les marchés à procédure adaptée, v. F. BRENET, « Procédure adaptée : la part de la négociation », note sous CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense, Dr. adm.* 2012, comm. 14 – C. LECLERC, « Procédure adaptée, information des candidats sur les sous-critères de sélection et négociation », note sous TA Orléans, 15 janvier 2013, *Société novacyt*, n° 12404125, *JCP A* 2013, n° 21, p. 24.

¹⁰⁸⁴ Art. L2131-11 du Code général des collectivités territoriales – CE, Sect., 16 décembre 1994, *Commune d'Oullins*, n° 145370, *Rec.* p. 559 ; *AJDA* 1995. 72 ; *RDSS* 1995. 572, obs. E. Alfandari – CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, n° 341562, *Rec.* p. 91 ; *BJCP* 2012. 193, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012. 573 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 157, note G. Eckert ; *RJEP* 2012, comm. 41, note G. Pellissier.

opposer à l'aspect *horizontal*¹⁰⁸⁵ de la publicité, entre dans cet objectif. C'est en effet lui qui permet de faire connaître aux soumissionnaires potentiels les caractéristiques du futur contrat ainsi que les modalités du déroulement de la procédure. Cette publicité permet de faire en sorte que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur, et leur importance relative, soient connus des candidats au moment de la préparation de leurs offres¹⁰⁸⁶. Les informations transmises ultérieurement à cette publicité préalable, comme par exemple le règlement de consultation¹⁰⁸⁷, ou les diverses informations antérieures ou postérieures à la négociation lorsqu'elle a lieu, entrent également dans cet objectif d'intelligibilité de la procédure de passation.

Dans une grande majorité des procédures, la teneur des informations à communiquer aux candidats est précisée par les textes¹⁰⁸⁸. La question de la transparence a été soulevée s'agissant de la communication des critères de sélection des candidatures et des offres et leurs conditions de mise en œuvre pour les procédures de passation dont les textes ne prévoient rien. Pour les marchés à procédure adaptée, le juge impose désormais d'indiquer, dès l'engagement de la procédure, les critères de sélection et leur condition de mise en œuvre¹⁰⁸⁹. Cette démarche est logique car le pouvoir adjudicateur doit systématiquement choisir l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de critères précis¹⁰⁹⁰. Ces critères étant la règle, les candidats doivent être en mesure de les connaître¹⁰⁹¹. Pour les accords-cadres, le Conseil d'État a récemment imposé aux pouvoirs adjudicateurs de publier les conditions de mise en œuvre des critères¹⁰⁹² pour que les candidats puissent disposer « *d'éléments leur permettant d'anticiper les attentes de la collectivité* »¹⁰⁹³. Lorsque sont déterminés des sous-critères de sélection dont la mise en œuvre a une influence dans le choix de l'offre, le pouvoir

¹⁰⁸⁵ Expression empruntée à B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 206.

¹⁰⁸⁶ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, aff. C-532/06, *Rec.* p. I-251 : *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 54, W. Zimmer ; *AJDA* 2008. 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lamber – CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

¹⁰⁸⁷ V. sur cette question : L. RICHER, « Le règlement de consultation », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 563.

¹⁰⁸⁸ V., à ce titre, la réglementation relative à la procédure formalisée d'appel d'offre du Code des marchés publics. Les informations devant figurer dans la publicité et les documents de consultation sont détaillées dans le Code.

¹⁰⁸⁹ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

¹⁰⁹⁰ Art. 53 du Code des marchés publics.

¹⁰⁹¹ B. DACOSTA, concl. préc., p. 206.

¹⁰⁹² CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics c/ Société SCC*, n° 368448 et n° 368461 ; *BJCP* 2013. 418, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 248, note W. Zimmer.

¹⁰⁹³ B. DACOSTA, concl. sur CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics c. Société SCC*, n° 368448 et n° 368461, *BJCP* n° 91, 2013, p. 420.

adjudicateur doit également procéder à leur publicité¹⁰⁹⁴. Pour les marchés publics à procédure négociée, « lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché »¹⁰⁹⁵. En revanche, l'autorité adjudicatrice n'est pas tenue d'informer les candidats sur les conditions de mise en oeuvre des critères si elles ne sont pas de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats¹⁰⁹⁶.

Cette communication des informations dans un objectif d'intelligibilité de la procédure de passation restait en suspend pour les contrats dont le choix du cocontractant demeure assez libre. C'est le cas des délégations de service public pour qui la décision finale n'est pas enfermée dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁰⁹⁷, malgré l'existence d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'État impose désormais au délégant de donner aux candidats des indications suffisantes sur les critères ainsi que sur leur pondération ou leur hiérarchisation¹⁰⁹⁸. Cette solution se justifie du fait qu'il ne faut pas « priver les entreprises d'une information déterminante, au seul motif que la collectivité demeure, in fine, maître de sa décision. L'information sur les critères de sélection des offres est bien un élément décisif, puisqu'elle est susceptible d'orienter de façon très différente les stratégies des candidats »¹⁰⁹⁹. Par conséquent, cette information demeure nécessaire dans un objectif d'intelligibilité des procédures de passation, car elle permet aux candidats d'adapter au mieux leur offre.

¹⁰⁹⁴ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14 – CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, préc.

¹⁰⁹⁵ CE, 24 février 2010, *Communautés de commune de l'Enclave des Papes*, préc.

¹⁰⁹⁶ CE, 10 avril 2015, *Société Automatismes Corses*, n° 387128 : « considérant qu'il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la société Automatismes Corses, l'avis d'appel public à la concurrence a en l'espèce indiqué les critères de sélection des candidatures ainsi que les documents au vu desquels ils seraient appliqués ; que la chambre de commerce n'était pas tenue d'indiquer aux candidats les conditions de mise en oeuvre de ces critères, consistant en leur pondération, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'indication de cette pondération équilibrée des quatre critères relatifs à la capacité économique et financière, aux références, aux moyens en personnel et aux moyens techniques, si elle avait été connue lors de la préparation des candidatures, aurait été susceptible d'influencer cette préparation ».

¹⁰⁹⁷ Le choix du cocontractant n'est cependant pas totalement libre puisque le juge contrôle ce choix sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. Tab.* p. 1023 ; *BJCP* n° 62, février 2009, p. 55, concl. N. Boulouis et obs. R.S ; *AJDA* 2008. 2454, note L. Richer ; *BJCP* n° 62, février 2009, p. 7, note T. Pez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 296, note G. Eckert.

¹⁰⁹⁸ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

¹⁰⁹⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc., p. 107.

Les objectifs relatifs au traitement des candidats et à l'intelligibilité de la procédure se rejoignent donc dans un objectif plus général d'efficacité de la procédure de passation. Ces deux finalités peuvent être temporellement regroupées dans une seule et unique phase de la commande publique, celle d'une mise en concurrence effective des candidats réels. Ce découpage chronologique, fondé sur l'existence d'objectifs distincts, permet à terme de préciser l'implication temporelle de chacun des principes de la commande publique, chaque objectif devant être rattaché à un principe. Une fois le cocontractant choisi, le temps de la commande publique entre dans des logiques foncièrement différentes, celle de la finalisation de la procédure et celle de l'exécution du contrat.

Paragraphe 2 : Le dévoilement des temps ultérieurs au choix du cocontractant.

Les procédures de passation ne s'arrêtent pas au choix du cocontractant dans la mesure où, ultérieurement à ce choix, il existe une multitude de démarches administratives obligatoires qui permettent de finaliser la procédure de passation (**A**). Consistant en grande majorité en des publicités et informations *ex post*, ce temps poursuit, d'une part, un objectif de vérification de la légalité de la procédure et, d'autre part, un objectif d'ouverture utile des recours contentieux. Les logiques d'accès et de mise en concurrence étant terminées, il convient de s'assurer de la légalité de ces dernières. Si la procédure n'est pas annulée ou suspendue dans le cadre d'un recours contentieux, l'exécution du contrat se poursuit (**B**).

A : Le temps de la finalisation de la procédure, phase d'achèvement de la mise en concurrence.

Le choix du cocontractant ne marque pas le terme des procédures de passation. Ces dernières étant soumises à des obligations particulières qui découlent des principes de la commande publique, le législateur a mis en place des moyens permettant la vérification ultérieure de leur respect. Sans cette vérification, les obligations de publicité et de mise en concurrence perdraient leur effectivité. Il existe ainsi, dans toutes les procédures de passation, un objectif de vérification de la légalité du processus d'achat public. En cas de doute sur cette légalité, toute personne dont les intérêts sont lésés par la conclusion du contrat doit pouvoir former utilement un recours. Par conséquent, il existe également, aux côtés de l'objectif de

vérification de la légalité de la procédure, un objectif d'ouverture utile des recours contentieux (I). La poursuite de ces objectifs se concrétise essentiellement par la publication et l'envoi des informations appropriées aux candidats évincés et aux tiers intéressés par la conclusion du contrat. Dès lors, ces objectifs de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux se matérialisent par l'existence d'obligations de publicité *ex post* (II).

I : L'existence d'objectifs connexes de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux.

La fin du processus d'achat se situe entre deux phases fondamentales, celle de la mise en œuvre effective et efficace de la procédure, et celle, si cela se produit, des recours contentieux. Cette phase se trouve donc entre la réalisation des objectifs préalablement analysés¹¹⁰⁰, à travers la procédure de passation, et la vérification du respect de ces objectifs. Dans ce cadre, l'autorité adjudicatrice s'inscrit dans une logique où elle doit chercher à démontrer l'impartialité de la procédure de passation et le choix du cocontractant, pour éviter un recours contentieux et fructueux pour le candidat évincé ou le tiers, tout en leur permettant de présenter utilement un recours¹¹⁰¹. Le candidat évincé, à l'inverse, cherche à rassembler les éléments pour présenter utilement un recours en démontrant, au moyen de l'information communiquée par l'autorité adjudicatrice, que le choix du cocontractant n'a pas été fait dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Deux objectifs liés ressortent de ce constat. D'une part, un objectif de vérification de la légalité de la procédure, d'autre part, un objectif subséquent d'ouverture utile des recours contentieux aux candidats évincés¹¹⁰² ou aux tiers intéressés¹¹⁰³ par la conclusion du contrat.

¹¹⁰⁰ Pour rappel, ces objectifs sont : l'accès à la mise en concurrence des candidats potentiels, l'égalité de traitement des candidats réels, et l'intelligibilité de la procédure.

¹¹⁰¹ Cet objectif, pris dans l'intérêt des candidats évincés, est accentué depuis la directive 2007/66/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE* p. L 335/31. Cette directive a obligé le droit interne à ouvrir des nouvelles voies de recours et à renforcer l'efficacité de celles existantes dans l'intérêt des candidats évincés, qui doivent pouvoir, à la suite de leur éviction, exercer utilement un recours contentieux.

¹¹⁰² La mise en place d'obligation de publicité et de mise en concurrence par l'existence des procédures de passation n'aurait aucune utilité si les candidats évincés ne disposaient pas de voies de recours permettant de contester la violation de telles obligations.

L'existence de ces deux objectifs place la finalisation de la procédure dans un contexte empreint d'obligations de publicité à la charge de l'autorité adjudicatrice. En effet, il existe un lien certain entre la publicité, la vérification de la procédure et le recours contentieux. Dans le contentieux administratif général, c'est la notification ou la publication des actes qui permet d'informer les entités susceptibles de former un recours et qui fait courir le délai de recours contentieux¹¹⁰⁴. En outre, l'impartialité de la procédure n'est vérifiable qu'en respectant le principe de transparence¹¹⁰⁵, qui oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations sur le déroulement effectif de la procédure. L'existence d'obligations de publicité est donc prégnante lors de la finalisation de la procédure.

L'importance de la transparence en fin de procédure bénéficie à la fois aux candidats évincés et au pouvoir adjudicateur. Aux candidats évincés, qui peuvent avoir accès aux informations concernant le rejet de leur offre, ce qui leur permet de contester plus efficacement les modalités de la procédure de passation. Au pouvoir adjudicateur, qui peut fermer la porte à certains recours contentieux ou en réduire le délai au moyen d'une publicité appropriée. Cela peut également bénéficier aux tiers qui, dans certains cas, peuvent avoir accès aux informations concernant la conclusion du contrat. Cette publicité donnée à la conclusion des contrats prend de l'importance depuis plusieurs années et devient cruciale en terme de sécurité juridique¹¹⁰⁶, notamment depuis la décision *Tropic travaux signalisation* du 16 juillet 2007¹¹⁰⁷ dans laquelle le Conseil d'État ouvre aux concurrents évincés la faculté d'attaquer le contrat dans un délai de deux mois à compter « *de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi* ».

¹¹⁰³ C'est par exemple le cas du préfet dans le cadre du déferé préfectoral et de l'obligation de transmission de certains actes des collectivités territoriales.

¹¹⁰⁴ Art. R421-1 du Code de justice administrative.

¹¹⁰⁵ Voir en ce sens CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, préc., pt 62 : « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (nous soulignons) ».

¹¹⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, La Doc. Fr., 2008, p. 258.

¹¹⁰⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *Rec.* p. 361, concl. D. Casas ; *AJDA* 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, trib. S. Braconnier ; *ibid.* 1777, trib. J.-M. Woehrling ; *D.* 2007. 2500 note D. Capitant ; *RDI* 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou ; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; *RTD civ.* 2007. 531, obs. P. Deumier ; *RTD eur.* 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.-P. Piétri.

(nous soulignons) ». La décision *Département du Tarn-et-Garonne c/ M. Bonhomme*¹¹⁰⁸, qui étend le recours en contestation de la validité du contrat à tous les tiers intéressés, reprend la même formule.

Ces deux objectifs connexes peuvent être réunis dans un temps précis de la commande publique, commun à l'ensemble des procédures de passation : celui de la finalisation de la procédure, dont il convient de préciser la teneur.

II : L'existence subséquente d'un temps de finalisation de la procédure commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Les deux objectifs de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux, par leur connexité, doivent être réunis dans un temps unique du droit de la commande publique. L'existence d'un lien entre eux paraît évidente, car la vérification de la légalité de la procédure n'a aucun sens sans l'existence d'une ouverture utile des recours contentieux, et l'ouverture des recours contentieux n'a pas d'utilité s'il n'existe pas d'obligations dont le respect doit être vérifié et l'irrespect sanctionné. Ces deux objectifs sont donc indubitablement liés. En outre, ils se distinguent nécessairement des logiques d'accès et de mise en œuvre de la procédure de passation, dont la réalisation aboutit au choix du cocontractant, et n'ont pas de rapport avec l'exécution du contrat. Temporellement successifs, la vérification de la légalité pouvant aboutir à un recours contentieux, ces deux objectifs doivent donc naturellement être rassemblés dans un temps consacré à la finalisation de la procédure de passation. Le terme de « finalisation » révèle bien la place particulière de cette phase de la commande publique : la procédure a abouti, mais n'est pas encore certifiée, puisqu'elle peut être annulée ou modifiée par le biais du référé précontractuel¹¹⁰⁹, ou remise en cause par l'annulation du contrat¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358994, *Rec.* p. 70 ; *JCP A* 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *JCP A* 2014, 2153, note S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5, Ph. Rees et repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, note F. Brenet ; *RFDA* 2014 p. 438, note P. Delvolvé ; *RDI* 2014. 344, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2014. 375, note S. Dyens ; *AJDA* 2014. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier.

¹¹⁰⁹ Art. L.551-1 du Code de justice administrative.

¹¹¹⁰ Est exclue, dans ces propos, une annulation du contrat résultant d'un contentieux entre les parties lors de l'exécution du contrat, cette logique entrant dans le temps de l'exécution.

Le temps de finalisation est nécessairement ultérieur au choix du cocontractant, cette logique de vérification de la légalité de la procédure n'ayant de sens qu'au terme de la passation, c'est-à-dire lorsque l'autorité adjudicatrice a sélectionné l'offre correspondant le mieux à ses attentes. Suite à cette sélection, elle procède à une multitude de démarches administratives permettant la vérification de la légalité de la procédure, qui se matérialise par des mesures de publicité appropriées à l'attention des candidats évincés et des tiers intéressés par la conclusion du contrat.

Cette présence de la publicité en fin de procédure est frappante s'agissant de la réglementation des marchés publics. La fin des procédures des marchés publics est soumise à un formalisme assez rigoureux, obligeant le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice à opérer une communication informative conséquente. Pour les marchés dont la procédure est formalisée¹¹¹¹, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de publier un avis d'attribution du marché dans un délais maximal de 48 jours à compter de la notification du marché dans le même organe de publication que celui qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence¹¹¹². Cette publicité permet de faire connaître largement la conclusion du contrat dans des conditions de transparence, et de faire courir les délais contentieux. La personne responsable du marché doit également établir un rapport de présentation de la procédure de passation comportant une liste d'informations devant obligatoirement figurer dans le rapport¹¹¹³. Pour les autres marchés¹¹¹⁴, une telle publicité *ex post* n'est pas obligatoire, mais elle est fortement conseillée car elle permet de réduire le délai de recours du référé contractuel, qui passe de 6 mois à 31 jours à compter de la date de la publication¹¹¹⁵. En outre, le pouvoir adjudicateur dispose de la possibilité de se protéger du référé contractuel contre les marchés dispensés d'obligation de publicité ou passé en application de la procédure adaptée, en procédant à une publicité *ex post*, en publiant au *JOUE* un avis relatif à son intention de conclure le marché avant la signature¹¹¹⁶. Le pouvoir adjudicateur doit dans ce cas respecter un délai de 11 jours entre la date de publication de l'avis et la signature du marché¹¹¹⁷. Le non

¹¹¹¹ Ces dispositions s'appliquent pour la passation des marchés et accords-cadres donnant lieu à l'une des procédures formalisée et pour les marchés de service relevant de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 130 000 euros pour l'État et 200 000 euros pour les collectivités territoriales.

¹¹¹² Art. 85 du Code des marchés publics.

¹¹¹³ Art. 79 du Code des marchés publics.

¹¹¹⁴ Il s'agit notamment des marchés à procédure adaptée qui ne sont pas visés par l'article 85 préc. du Code des marchés publics.

¹¹¹⁵ Art. 85-1 du Code des marchés publics.

¹¹¹⁶ Art. 40-1 du Code des marchés publics.

¹¹¹⁷ Art. 80, 3°, du Code des marchés publics.

respect d'un tel formalisme n'entraîne pas l'illégalité de la procédure adaptée mais permet d'éviter que soit engagé le référé contractuel. Par conséquent, cette publicité bénéficie à la fois au pouvoir adjudicateur, pour la réduction des délais de recours contentieux, et aux tiers, qui sont informés de la conclusion du contrat et peuvent donc préparer utilement leur recours.

Les candidats évincés sont les bénéficiaires privilégiés de cette obligation de publicité *ex post*. Pour les marchés formalisés et les marchés négociés relevant de l'article 35 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'informer les concurrents, par une décision motivée, du rejet de leur offre¹¹¹⁸. De ces informations dépend la possibilité de contester les conditions de mise en concurrence dans le cadre du référé précontractuel¹¹¹⁹. Les pouvoirs adjudicateurs doivent également respecter un délai de *standstill* entre cette notification et la signature du contrat, pour permettre aux concurrents évincés de saisir le juge du référé précontractuel, qui n'est plus compétent pour statuer lorsque le contrat a été signé¹¹²⁰.

Pour les autres marchés, de telles informations doivent être communiquées lorsque les concurrents évincés en font la demande¹¹²¹. Toutefois, aucune disposition textuelle n'oblige, en l'absence d'une demande expresse, la notification du rejet des offres des candidats évincés¹¹²², ni la publication d'un avis d'attribution avant la signature du contrat. L'absence de cette communication avant la signature du contrat peut empêcher le concurrent évincé d'exercer utilement un référé précontractuel. La personne responsable du marché aura pourtant tout intérêt à exercer un minimum de publicité à l'égard des candidats évincés, d'une part pour limiter la saisine du juge des référés contractuels¹¹²³, qui est compétent lorsque le

¹¹¹⁸ Cette information est très détaillée puisque l'article 80 dispose que « *cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature* ».

¹¹¹⁹ Art. 80 du Code des marchés publics.

¹¹²⁰ CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304, *Rec.* p. 394 ; *AJDA* 1995. 945 et 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 67, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy.

¹¹²¹ Art. 83 du Code des marchés publics.

¹¹²² De ce fait, cette obligation de notification, en l'absence de texte, n'est pas sanctionnée : Ph. REES, « Premier bilan de la jurisprudence administrative en matière de référé précontractuel », *Contrats et marchés publ.*, 2011, ét. 10.

¹¹²³ Toutefois, du fait de l'absence d'une obligation de notification d'avis d'attribution ou de rejet de l'offre et du respect d'un délai de *standstill*, la réussite du référé contractuel semble limitée. En vertu de la jurisprudence du Conseil d'État du 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre* (n° 343435), les manquements susceptibles d'être utilement invoqués sont limitativement définis aux articles L.551-18 à L.551-20 du Code de justice administrative. Or, ces articles visent notamment les violations de la notification obligatoire du rejet des offres et du respect obligatoire du délai de *standstill*. De ce fait, sauf si le candidat a exercé un référé précontractuel et que la personne publique ne s'est pas conformée à la décision contentieuse rendue ou n'a pas respecté la suspension

candidat n'a pu exercer utilement un référé précontractuel, d'autre part pour enfermer les délais de recours contentieux¹¹²⁴. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le contrat ou de recommencer la procédure, il doit en informer les candidats et doit préciser les motifs de sa décision¹¹²⁵. La publicité de la conclusion des contrats se prolonge bien après ce temps de la commande publique pour les marchés publics¹¹²⁶, dans la mesure où les pouvoirs adjudicateurs doivent publier, au cours du premier trimestre de chaque année, une liste de marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires des contrats¹¹²⁷.

Les contrats de partenariat sont également soumis à des obligations de publicité *ex post*. Dans un délai de trente jours à compter de la notification à l'attributaire du contrat, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au *JOUE*¹¹²⁸. Cette publicité permet de faire courir le délai de deux mois pour les recours contentieux contre la décision de signer ou contre le contrat. Les candidats non retenus sont informés du rejet de leur offre dès que la personne publique a choisi l'attributaire du contrat. Ils peuvent demander la communication par écrit des motifs de ce rejet, des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat¹¹²⁹. D'après le Code général des collectivités territoriales, et contrairement aux marchés publics à procédure formalisée, la communication des motifs de rejet ne semble donc pas obligatoire et doit être transmise si le candidat en fait la demande. Cette absence d'obligation n'est qu'apparente, la directive recours imposant la communication de tels motifs pour les marchés de travaux au sens du droit de l'Union

de la signature, l'annulation du contrat ne pourra résulter que des manquements mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-18 (absence des mesures de publicité pour la passation du contrat ou méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique). Cela a été confirmé par le Conseil d'État dans une décision du 11 décembre 2013, *Société Antillaise de sécurité*, n° 372214. Pour une solution inverse, voir CAA Nancy, 18 novembre 2013, *Communauté de communes de Vesle Montagne des Reims*, n° 12NC01181 : les principes fondamentaux imposent au pouvoir adjudicateur de donner une information utile aux candidats évincés en les informant du rejet de leur offre et en respectant un « délai raisonnable » avant de signer le marché afin de leur permettre, le cas échéant, de contester la procédure devant le juge du référé précontractuel.

¹¹²⁴ Notamment le délai de recours de deux mois du recours *Tropic*.

¹¹²⁵ Art. 80-II du Code des marchés publics.

¹¹²⁶ Art. 133 du Code des marchés publics.

¹¹²⁷ Pour les rédacteurs du guide de l'achat public (F. LINDITCH (dir.), *Guide de l'achat public 2014*, éd. lexisnexus, p. 947), cette publicité sert à permettre aux corps de contrôle interne ou externe de bénéficier d'une vision exhaustive de l'achat ; les fournisseurs de la collectivité pourront vérifier le respect de l'exclusivité qui pourrait leur être reconnue au travers des marchés à bon de commande et des accords-cadres ; enfin, les fournisseurs systématiquement écartés des consultations pourront y trouver un motif supplémentaire de contestation ; la liste pourrait également permettre de procéder à l'information des candidats évincés sur la date de conclusion des marchés et le lieu où ceux-ci peuvent être consultés, ce qui permettrait de faire courir le délai de deux mois au terme duquel le marché ne peut plus être contesté dans le cadre de la jurisprudence *Tropic* préc. Nous le voyons, la publicité peut perdurer bien après la fin de la procédure de passation.

¹¹²⁸ Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹²⁹ Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

européenne, incluant ainsi les contrats de partenariats¹¹³⁰. La personne publique doit respecter un certain délai entre cette information et la signature du contrat, afin que les candidats évincés puissent exercer utilement un recours contentieux¹¹³¹. Les candidats sont également informés en cas de renonciation à la poursuite de la procédure de passation du contrat¹¹³².

Les dispositions applicables aux concessions de travaux demeurent assez proches de celles applicables aux marchés publics à procédure formalisée. Pour les concessions d'un montant supérieur à 5 000 000 euros, la collectivité territoriale doit notifier à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre avec les motifs de rejet. La personne publique doit également exposer les motifs qui ont conduit au choix de l'offre retenue¹¹³³. Comme pour les contrats de partenariats et les marchés publics, la personne publique doit respecter un certain délai entre la date d'envoi de la notification du rejet et la date de conclusion du contrat, dans l'objectif de permettre aux concurrents évincés d'exercer un référé précontractuel. Pour empêcher l'exercice d'un référé contractuel pour les concessions de travaux dispensées d'obligation de publicité, comme pour les marchés à procédure adaptée, la personne publique peut envoyer un avis relatif à son intention de conclure le contrat au *JOUE*, en respectant un délai de 11 jours entre cet avis et la signature du contrat¹¹³⁴. La publication d'un avis d'attribution au *JOUE* n'est pas obligatoire mais permet de réduire le délai de recours contentieux du référé contractuel de 6 mois à 31 jours¹¹³⁵.

La même logique est applicable pour les concessions d'aménagement. Les modalités de notification du rejet des offres sont les mêmes que celles des concessions de travaux pour les concessions d'aménagement soumises au droit européen des concessions¹¹³⁶. Pour fermer la possibilité d'exercice d'un référé contractuel pour les concessions dont le montant est inférieur au seuil d'application des directives, le concédant peut, au même titre que les concessions de travaux, publier un avis relatif à son intention de conclure le contrat¹¹³⁷. Le concédant doit publier, dans un délai de trente jours suivant le choix du concessionnaire, un avis d'attribution au *JOUE* selon les mêmes modalités que la publication de l'appel à la

¹¹³⁰ Art. 2 bis la directive 2007/66/CE préc.

¹¹³¹ 16 jours en cas de transmission postale, 11 jours en cas de transmission électronique.

¹¹³² Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹³³ Art. R.1415-9 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹³⁴ *Idem.*

¹¹³⁵ Art. R.1415-10 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹³⁶ Art. R.300-9-1 du Code de l'urbanisme.

¹¹³⁷ Art. R.300-9-10 du Code de l'urbanisme.

concurrence¹¹³⁸. Cette publication permet de réduire le délai de recours du référé contractuel. Pour les concessions soumises au droit européen des marchés publics, les dispositions sont équivalentes¹¹³⁹. Pour les concessions d'aménagement qui font l'objet d'une procédure adaptée, la publication d'un avis d'attribution permet de réduire le délai contentieux du référé contractuel¹¹⁴⁰.

Les dispositions concernant les délégations de service public sont moins contraignantes que celles s'appliquant aux contrats précédemment analysés. Le Code général des collectivités territoriales mentionne uniquement la publication d'un avis d'intention de conclure le contrat au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP)* afin de fermer le recours au référé contractuel¹¹⁴¹, et la publication de l'avis d'attribution, également au *BOAMP*, permettant de réduire le délai de recours du référé contractuel¹¹⁴². L'article L.2121-24 du Code général des collectivités territoriales oblige toutefois l'insertion dans une publication locale diffusée dans la commune de la délibération approuvant la délégation de service public. Le délai de recours contentieux commence à courir à l'égard des tiers à compter de la plus tardive des deux formalités de publicité¹¹⁴³. En outre, l'information du candidat évincé n'est pas obligatoire, n'étant imposée ni par les textes, ni par la jurisprudence¹¹⁴⁴. De ce fait, tout comme pour les marchés à procédure adaptée, l'annulation dans le cadre d'un référé contractuel ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-18¹¹⁴⁵, c'est-à-dire en l'absence de toutes les mesures de publicité requises

¹¹³⁸ Art. R.300-10 du Code de l'urbanisme

¹¹³⁹ V. art. R.300-11-5-1 et R.300-11-6 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁴⁰ Art. R.300-11-8 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁴¹ Art. R.1411-1-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁴² Art. R.1411-2-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁴³ CAA Marseille, 18 juin 1998, *Société de développement du Val-d'Allos*, n° 97MA00677 ; *BJCP* 1999, p. 171.

¹¹⁴⁴ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, préc. : « aucun principe ni aucun texte n'imposait à l'autorité délégante d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet ».

¹¹⁴⁵ CE, 25 octobre 2013, *Commune de La Seyne-sur-Mer*, n° 370393 : « considérant que les cas dans lesquels le juge des référés peut annuler un contrat sont limitativement énumérés aux trois alinéas de l'article L 551-18 précité ; que s'agissant des contrats de délégation de service public, qui ne sont ni soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, visée au troisième alinéa de l'article L. 551-18, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, ni concernés par le deuxième alinéa de cet article relatif à des marchés publics fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, l'annulation d'un tel contrat ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa de cet article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence de toutes les mesures de publicité requises pour sa passation ou d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite ; que, par suite, les candidats à l'attribution d'un contrat de délégation de service public ne peuvent invoquer utilement, à l'appui de leurs conclusions tendant à l'annulation du contrat présentées dans le cadre d'un référé contractuel, que les manquements de l'autorité délégante à ses obligations de publicité visées au premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ».

pour sa passation ou d'une publication au *JOUE* dans le cas où une telle publication est prescrite. Il est à noter que s'agissant des délégations de service public, le Code général des collectivités territoriales attache une grande importance à l'information à l'égard des élus¹¹⁴⁶.

Ce temps de la commande publique est donc empreint d'une logique d'accessibilité de l'information, et des rapports entre ces informations et les recours contentieux ouverts aux tiers comme aux concurrents évincés. La personne responsable du contrat doit veiller à se prémunir d'un éventuel recours contre la procédure de passation ou contre le contrat, en respectant les publicités obligatoires et facultatives ; la sécurité juridique des contrats dépend donc de l'attention apportée par l'autorité adjudicatrice à ces formalités de publicité. Les candidats évincés et les tiers doivent pouvoir avoir accès à ces informations afin de préparer au mieux un éventuel contentieux. Ce temps est donc fondamental pour assurer, au moyen de la transparence et du respect de certaines obligations spécifiques¹¹⁴⁷, l'efficacité des recours contentieux. En effet, les obligations de publicité et de mise en concurrence n'auraient plus aucune effectivité s'il n'existait pas des moyens efficaces de contester, à la suite de la procédure de passation, la violation éventuelle des principes de la commande publique.

Enfin, il convient d'évoquer un élément fondamental de vérification de la légalité de la procédure : l'obligation de transmission du contrat au représentant de l'État. Sont assujettis à cette obligation les conventions relatives aux marchés et aux emprunts, les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux, les conventions de coopération décentralisées et les contrats de partenariats¹¹⁴⁸. En cas de doute sur la légalité de la procédure, le préfet a la possibilité d'introduire un déféré préfectoral qui s'apparente désormais à un recours de pleine juridiction¹¹⁴⁹.

Ce temps de la finalisation de la procédure s'achève lorsque l'exécution du contrat débute, ou lorsqu'un recours contentieux est intenté par les tiers au contrat.

¹¹⁴⁶ V. à ce titre les articles L.1411-7 et s. du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁴⁷ Nous pensons par exemple au respect d'un certain délai entre la notification du rejet des offres / l'avis d'attribution du contrat et la signature.

¹¹⁴⁸ Art. L.2131-2, L.3131-2, L.4141-2, L.1112-1 du Code général des collectivités territoriales ; Art. L.1414-15 issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.

¹¹⁴⁹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, n° 348647, *Rec.* p. 662 ; *BJCP* 2012, n°81, p. 125, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2012. 1064, note Quyyollet ; *Contrats et marchés publ.*, 2012, comm. 56, obs. J.-P. Pietri ; *RFDA* 2012. 683, note P. Delvolvé ; *RDI* 2012. 282, obs. R. Noguellou ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys.

B : Le temps de l'exécution du contrat, phase de réalisation de la convention.

L'exécution du contrat consiste en une relation privilégiée entre les cocontractants dont les devoirs sont de respecter leurs obligations réciproques. Par conséquent, ce temps tranche indubitablement avec la phase de formation du contrat (I). La poursuite d'un objectif de stabilité des relations contractuelles guide ce dernier temps de la commande publique (II).

I : La distinction évidente de la formation et de l'exécution du contrat.

L'exécution « est la réalisation d'une obligation ou d'un devoir juridique, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être »¹¹⁵⁰. En droit des contrats, elle consiste en la mise en œuvre du contenu du contrat, qui a été déterminé préalablement par les parties. Exécuter un contrat, c'est, pour chacune des deux parties, réaliser les obligations qu'il met à leur charge¹¹⁵¹. L'exécution du contrat est donc centrée sur la relation entre les parties et leur capacité à exécuter les obligations qu'elles ont préalablement définies. La logique intrinsèque à ce temps de la commande publique est donc empreinte des grandes théories du droit des contrats en général, c'est-à-dire la force obligatoire du contrat¹¹⁵², l'effet relatif du contrat¹¹⁵³, et la mise en jeu de la responsabilité contractuelle lorsque les obligations préalablement déterminées n'ont pas été respectées par les parties.

L'article 1134 du Code civil¹¹⁵⁴, relatif à la force obligatoire du contrat, trouve à s'appliquer aux contrats administratifs en général, aux contrats de la commande publique en particulier. Comme le souligne Laurent Richer¹¹⁵⁵, « *comme la loi, le contrat lie* ». C'est cette force obligatoire qui justifie le recours à la notion de commune intention des parties¹¹⁵⁶ pour

¹¹⁵⁰ P. THERY in *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Quadriga, Lamy – PUF, 2003, dir. D. ALLAND et S. RIALS, « Exécution » p. 678 et s.

¹¹⁵¹ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *op. cit.* p. 699.

¹¹⁵² Art. 1134 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* » – CE, 12 décembre 1902, *Orcibal*, *Rec.* p. 750.

¹¹⁵³ V. pour des développements sur la question : M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Presse de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, vol. 2, p. 575.

¹¹⁵⁴ Art. 1134 du Code civil.

¹¹⁵⁵ L. RICHER, *op. cit.*, p. 207.

¹¹⁵⁶ Art. 1156 du Code civil.

interpréter les stipulations contractuelles en cas de litige¹¹⁵⁷. Le juge recherche la volonté certaine des parties au moment où elles ont contracté¹¹⁵⁸, car il n'y a que la volonté déclarée et réelle des parties qui peut être source d'obligations¹¹⁵⁹. Ainsi, « *la notion de commune intention des parties constitue certainement la première donnée qui domine le régime de l'exécution des contrats administratifs. (...) La volonté manifestée par les parties au moment du contrat est la notion directrice à laquelle le juge doit d'abord se référer lorsqu'il a à déterminer le contenu des obligations des contractants en vue de les ramener à exécution* »¹¹⁶⁰. La force obligatoire du contrat oblige également les parties à se conformer à leurs obligations contractuelles et à exécuter le contrat de bonne foi¹¹⁶¹. L'effet général et essentiel de tout contrat est de créer à la charge de chacune des parties l'obligation d'exécuter ses engagements¹¹⁶². Dans le cas inverse, le régime de responsabilité contractuelle trouve à s'appliquer. Il existe d'autres principes liés à l'exécution des contrats administratifs qui font l'objet de certaines spécificités par rapport aux contrats de droit privé dans la mesure où « *le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres. Il est certes la chose des parties, mais l'une de ces parties est une personne publique agissant dans le cadre de l'intérêt général* »¹¹⁶³. Le cocontractant de l'administration a, à sa charge, des obligations plus strictes lorsque le contrat est le support d'une mission de service public, cette dernière justifiant également des droits à son profit¹¹⁶⁴. Dans l'exécution du contrat, la personne publique dispose de l'usage de prérogatives de puissance publique qui lui sont propres.

Le temps de l'exécution du contrat est donc différent des trois autres temps. Il est le siège d'une relation privilégiée entre les cocontractants signataires du contrat, alors que les autres temps guident la relation entre la personne responsable du contrat et les concurrents éventuels comme avérés. Du fait de l'effet relatif des contrats et de cette relation privilégiée entre ces deux entités, la logique applicable à ce temps rompt avec celles des trois temps précédents. La formation du contrat est nécessairement distinguée de l'exécution du contrat. Cette distinction

¹¹⁵⁷ J.-C. BRUYERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP* 1996, p. 1715.

¹¹⁵⁸ V. par exemple : CE, sect., 5 novembre 1937, *Département des Côtes-du-Nord*, n° 49958, *Rec.* p. 900 – CE, 5 janvier 1951, *Commune de Lesparrou*, *Rec.* p. 3 – CE, 30 octobre 1951, *Société Citroën*, *Rec.* p. 507. Les exemples jurisprudentiels sont très nombreux : comme l'affirment les auteurs du traité des contrats administratifs (p. 725), « *il serait oiseux de chercher à relever les affirmations jurisprudentielles (...) La jurisprudence administrative ne manque ni de l'affirmer, ni d'en tirer les conséquences* ».

¹¹⁵⁹ L. RICHER, *op. cit.*, p. 208.

¹¹⁶⁰ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *op. cit.* p. 701.

¹¹⁶¹ Art. 1134 du Code civil.

¹¹⁶² A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *op. cit.* p. 724.

¹¹⁶³ E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 513.

¹¹⁶⁴ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *op. cit.*, p. 708.

entre la formation et l'exécution du contrat est évidente et certains travaux mettent en lumière le fait qu'elle possède à ce titre une fonctionnalité¹¹⁶⁵. D'une part, elle permet de séparer, au sein du processus contractuel, les règles du droit des contrats, selon qu'elles régissent la formation ou l'exécution du contrat ; d'autre part, elle permet de hiérarchiser, au sein du processus contractuel, les deux étapes qui le composent¹¹⁶⁶. Dans les ouvrages de droit des contrats administratifs, la passation et l'exécution des contrats font toujours l'objet de développements distincts¹¹⁶⁷. Ainsi, après la naissance, se déroule la vie du contrat¹¹⁶⁸. Bien que ces deux étapes soient nécessairement distinguées, des relations entre l'exécution du contrat et les temps de la procédure de passation existent, de sorte qu'il n'existe pas d'étanchéité entre les temps de la commande publique.

Ce temps de l'exécution du contrat, au-delà du nécessaire respect des obligations réciproques, poursuit un objectif de stabilité des relations contractuelles qui influence le régime de l'exécution.

II : L'existence d'un objectif de stabilité des relations contractuelles inhérent à l'exécution du contrat.

Lorsque le contrat a été signé par les deux parties, il existe un objectif de stabilité des relations contractuelles, le contrat devant être exécuté jusqu'à son extinction naturelle. Du fait de la survenance d'aléas lors de l'exécution, ou du fait d'une mésentente entre les parties, cette stabilité peut être mise à mal. C'est pourquoi des moyens sont mis en place pour maintenir la stabilité des relations contractuelles entre les parties.

Aux côtés du principe de force obligatoire des contrats, existe, depuis une décision *Commune de Béziers*¹¹⁶⁹, le principe¹¹⁷⁰ de loyauté des relations contractuelles¹¹⁷¹, qui est une obligation

¹¹⁶⁵ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012 : le travail de thèse de l'auteur démontre la rationalité et la réalité de la distinction en droit positif entre le temps de la formation et le temps de l'exécution du contrat.

¹¹⁶⁶ *Idem.*

¹¹⁶⁷ En droit des contrats administratifs, mais également en droit des contrats de droit privé : M. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *P.A.* 2004, n° 92, p. 47 et s. : la distinction de la formation et de l'exécution du contrat constitue le plan de la quasi-totalité des ouvrages et des cours contemporains de droit des obligations.

¹¹⁶⁸ Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 93.

¹¹⁶⁹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Rec.* p. 509, concl. E. Glaser ; *AJDA* 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteggi ; *D.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI* 2010. 265, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 114, Pratique O. Didriche ; *RFDA* 2010. 506, concl. E. Glaser ;

désormais invocable devant le juge du contrat¹¹⁷². Le juge administratif refuse qu'un contractant puisse, en cours d'exécution d'un contrat et pour se soustraire à ses obligations, invoquer des vices dans la formation du contrat au mépris de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Seules les irrégularités invoquées d'office, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité, doivent conduire le juge à écarter l'application du contrat et à régler le litige sur un terrain extracontractuel. La loyauté des relations contractuelles vise ainsi à renforcer la force obligatoire du contrat au-delà de ce qui est légalement justifié. Par conséquent, les conventions, même illégalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, à moins que l'illégalité commise ne porte une atteinte excessive à l'intérêt général ou à celui d'une partie¹¹⁷³. La loyauté permet au juge de faire application du contrat dans un litige opposant les parties, elle est donc intimement associée à la primauté donnée à l'application du contrat¹¹⁷⁴. Ainsi décrite, la loyauté apparaît plus comme un modèle de conduite procédurale que comme un principe déterminant la bonne conduite contractuelle. Cette notion peut cependant être appliquée aux contrats administratifs comme un principe substantiel et devenir un véritable modèle de conduite contractuelle¹¹⁷⁵, permettant de maintenir une stabilité des relations contractuelles.

La stabilité des relations contractuelles ne signifie pas exclusivement la survie du contrat, mais également l'adaptation du contrat en cours d'exécution. Le contrat est un acte juridique qui évolue avec le temps¹¹⁷⁶. En effet, « *il n'est guère d'accord de volonté qui reste totalement figé (...). La vie juridique du contrat peut ainsi être animée, parfois très animée ... Plusieurs raisons peuvent expliquer cette « hyperactivité » contractuelles. Elles tiennent souvent au changement des circonstances ou des conditions qui encadrent l'accord de volontés ou qui régissaient un ou des éléments sur lesquels portait ce dernier. Elles peuvent résider dans l'évolution des objectifs poursuivis par les cocontractants. Ainsi, les causes sont-*

ibid. 519, note D. Pouyaud ; *RTD com.* 2010. 548, obs. G. Orsoni ; *JCP A* 2010, n° 2072, note F. Linditch ; *JCP G* 2010, n° 365, note B. Plessix ; *RDP* 2010, p. 553, note H. Pauliat ; *RJEP* 2010, comm. 30, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 123, note Ph. Rees.

¹¹⁷⁰ Sur la pertinence de l'épithète « principe », v. J.-F. SESTIER, « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 455.

¹¹⁷¹ Pour la notion de loyauté v. A. BEDUSHI-ORTIZ, « la notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944.

¹¹⁷² Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁷³ J.-F. LAFAIX, art. préc., p. 365.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 367.

¹¹⁷⁵ L. MARGUERY, « La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012, p. 663.

¹¹⁷⁶ V.-X. LIBERT, « Les modifications du marché en cours d'exécution », *AJDA* 1994, p. 65.

elles nombreuses : données techniques, évolutions technologiques, souvent aspects financiers, parfois raisons juridiques »¹¹⁷⁷. Ainsi, l'adaptation du contrat pendant son exécution peut s'avérer nécessaire pour la stabilité des relations contractuelles¹¹⁷⁸. C'est pour cette raison qu'il est possible de procéder à des modifications unilatérales¹¹⁷⁹ ou contractuelles du contrat¹¹⁸⁰. Cependant, ces instruments sont limités par les acquis de la période de formation du contrat. En effet, dans le cas où la conclusion du contrat est soumise à une procédure, l'avenant ou la modification unilatérale ne doivent pas aboutir à une modification substantielle du contrat, en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue¹¹⁸¹. La même logique s'applique pour les cessions de contrat¹¹⁸². L'exécution possède donc un lien évident avec les temps de la formation, et intéresse les concurrents potentiels et les candidats évincés.

L'exécution du contrat précède la fin du contrat, c'est-à-dire l'extinction des obligations contractuelles réciproques : il n'existe plus entre les parties de relation contractuelle¹¹⁸³. La fin de la phase d'exécution dépend ainsi des modes d'extinction de l'obligation contractuelle¹¹⁸⁴. Plusieurs causes en sont à l'origine : l'expiration du contrat, la résiliation du contrat ou la nullité du contrat.

¹¹⁷⁷ C. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDP* 2009, n° 5, p. 1355.

¹¹⁷⁸ L. RAPP, « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et marchés publ.* 2008, ét. 7.

¹¹⁷⁹ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027, *Rec.* p. 33 ; *RDP* 1984, p.212, note J.-B. Auby.

¹¹⁸⁰ M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2004 – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009.

¹¹⁸¹ CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-454/06, *Rec.* p. I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer.

¹¹⁸² CE, Avis de la Section des finances, 8 juin 2000, n° 364803 ; *BJCP* 2001, 94. ; *AJDA* 2000, 758, note L. Richer ; *CJEG* 2001, 103, note C. Maugué et L. Deruy – CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, préc. – V. également R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 241, 2004..

¹¹⁸³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012, p. 233.

¹¹⁸⁴ Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 116.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

À partir de l'étude des différentes procédures de passation existantes en droit de la commande publique, il a été possible de dégager des objectifs plus précis que les objectifs généraux¹¹⁸⁵ poursuivis par les principes de la commande publique. Ces objectifs, chronologiquement successifs, ont permis de rassembler les divers éléments des procédures afin de conceptualiser les temps de la commande publique. Le temps de l'accès à la procédure de passation a pour objectif la réalisation d'une concurrence large et adaptée au contrat permettant l'accès à la mise en concurrence. Le temps de la mise en concurrence a pour objectif le respect d'une égalité entre les candidats qui ont pu accéder à la procédure de passation, jusqu'au choix du cocontractant. Ce temps poursuit également un objectif d'intelligibilité de la procédure afin que la mise en concurrence soit efficace. Le temps de la finalisation de la procédure sert à la vérification de sa légalité et permet l'ouverture utile des recours contentieux. Le temps de l'exécution du contrat est consacré à la relation entre le cocontractant et la personne publique, dans le respect des conditions prédéfinies lors de la procédure de passation, afin de protéger la stabilité des relations contractuelles. Il existe donc quatre temps de la commande publique qui poursuivent des objectifs distincts.

Cette systématisation des temps de la commande publique permet de dégager une grille de lecture temporelle du processus d'achat public, qui rompt avec une approche uniforme des procédures de passation. Ces dernières consistent en une succession organisée d'étapes, qu'il est possible de séparer chronologiquement en se fondant sur la poursuite d'objectifs distincts. Il convient à présent de rattacher cette conceptualisation des temps aux principes fondamentaux de la commande publique. Par une délimitation temporelle et une précision des objectifs poursuivis dans le cadre du processus d'achat public, il est possible de spécifier les fonctions propres à chaque principe de la commande publique. En adoptant une conception temporelle des principes, il est permis de rattacher chaque principe à un ou plusieurs temps de la commande publique, afin de préciser leur finalité propre.

¹¹⁸⁵ Il s'agit de l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics et l'ouverture du marché à la concurrence. Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

CHAPITRE 2 :

La temporalité conséquente des fonctions des principes de la commande publique.

La temporalité du droit des contrats publics étant démontrée, il convient de tirer les conséquences fonctionnelles de cette approche conceptuelle du droit de la commande publique. Les développements qui suivent doivent donc être consacrés à révéler l'utilité de la distinction chronologique des phases des procédures de passation, dans la mesure où « *on ne distingue pas pour distinguer* »¹¹⁸⁶. Bien que plus difficile à saisir¹¹⁸⁷, cette approche fonctionnelle reste fondamentale, car elle donne un sens et une utilité à la systématisation des temps de la commande publique.

Ce découpage temporel est utile pour préciser les fonctions-fins de chaque principe¹¹⁸⁸. Autrement dit, ce sont les finalités propres à chaque principe qui peuvent être dévoilées par une approche temporelle du droit de la commande publique. L'idée est de démontrer qu'il existe une véritable temporalité dans l'application des principes, une articulation temporelle des principes, qui découle de la chronologie dégagée lors du chapitre précédent. Cette approche fondée sur le facteur temps permet de singulariser chaque principe au sein de l'ensemble qu'ils forment, en rattachant les objectifs temporels et précis dégagés précédemment, à un principe spécifique. Cette démarche aboutit à l'adoption d'une classification solide et définitive des principes ainsi que de leur finalité respective, classification qui, actuellement, reste confuse¹¹⁸⁹. Ainsi, l'idée soutenue est que pour chaque

¹¹⁸⁶ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012, p. 2.

¹¹⁸⁷ *Ibid.* p. 11 : « *en revanche, considérée d'un point de vue fonctionnel, c'est à dire lorsqu'on se concentre sur le rôle de cette technique, la distinction mérite une plus grande attention. Examinée comme un moyen au service d'une fin, comme un procédé de réalisation destiné à produire certains résultats utiles, elle ne se laisse pas saisir aisément* ».

¹¹⁸⁸ Pour la notion de fonction-fin, cf. *Introduction*.

¹¹⁸⁹ V. à ce titre les développements exhaustifs de P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 182 et s. L'auteur répertorie toutes les classifications des principes existantes, et souligne leur actuelle confusion.

temps et chaque objectif, correspond un principe de la commande publique (**Section 1**). Dès lors, un principe sert un objectif déterminé, lequel est attaché à une phase précise du processus d'achat public. C'est donc à partir de la systématisation des temps de la commande publique qu'il est possible de dégager une logique propre, une individualité caractéristique à chaque principe.

À partir de cette approche temporelle des principes de la commande publique, il convient de se pencher sur leur articulation. La question qui se pose est de savoir si cette distinction temporelle des fonctions propres de chaque principe se traduit par une séparation étanche de ces derniers au sein du tout qu'ils forment, ou si, malgré la singularité fonctionnelle dont ils disposent, ils entretiennent quand même des relations juridiques, hiérarchiques, parallèles ou complémentaires. L'articulation des principes de la commande publique est fondée sur l'articulation temporelle des objectifs (**Section 2**).

L'approche temporelle constitue ainsi une clé de lecture pertinente pour révéler les fonctions-fins de chaque principe. Cette démarche suppose de rattacher deux logiques, une temporelle dégagée dans le chapitre précédent, et l'autre principielle, et ce à partir d'éléments épars permettant de déceler l'esprit propre à chaque principe. Il s'agit donc d'opérer une liaison entre ces deux logiques. Les procédés de liaisons sont « *des schèmes qui rapprochent des éléments distincts et permettent d'établir entre ces derniers une solidarité visant soit à les structurer, soit à la valoriser positivement ou négativement l'un par l'autre* »¹¹⁹⁰. Le temps et les principes sont, de prime abord, deux éléments distincts. L'ambition de ces développements consiste à révéler le lien existant entre les différents temps qui caractérisent le droit de la commande publique et les principes. Deux conséquences positives découlent de ce rattachement, qui sert tant les objectifs que les principes. Premièrement, la liaison de chaque principe à un objectif précis, au moyen du temps, permet de préciser les implications des principes en les singularisant dans leur finalité. Deuxièmement, les objectifs inhérents au régime de la commande publique disposent, en conséquence, d'un fondement principiel pour acquérir une certaine effectivité. En effet, « *le terme d'objectif ne possède tout simplement pas d'épaisseur juridique. Il ne renvoie à aucun concept établi par le système juridique et ne*

¹¹⁹⁰ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, éd. de l'université de Bruxelles, préf. M. MEYER, 5^{ème} éd., p. 255.

forme à lui seul aucun régime »¹¹⁹¹. La liaison entre les principes et les objectifs permet à ces derniers d'acquiescer cette effectivité.

Cette méthodologie¹¹⁹² aboutit donc à la conclusion qu'il existe une véritable temporalité des principes de la commande publique. Ils n'interviennent pas nécessairement au même moment, dans le but de servir le même objectif. Ils n'ont pas, pour reprendre les termes de Nicolas Boulouis¹¹⁹³, la même essence, et cette différence d'essence peut s'expliquer par une temporalité distincte et la poursuite d'objectifs spécifiques à chacun.

Section 1 : La concordance des fonctions et des temps.

Afin de démontrer la temporalité des fonctions des principes, il est possible de procéder de la manière suivante. Il convient de rechercher, parmi les principes de la commande publique, celui qui se rattache le mieux à chaque logique temporelle préalablement définie¹¹⁹⁴. Il s'agit d'établir une solidarité entre les temps et les principes, afin de structurer et de valoriser les règles du droit de la commande publique par une définition plus précises des principes. Cette solidarité est justifiée par l'existence de similitudes entre une logique temporelle et une logique principielle. Chaque principe développe avec un temps déterminé une certaine concordance. Pour procéder à cette liaison, doivent être mis en avant divers éléments relatifs aux principes, comme leur sémantique, leur origine, leur esprit tel qu'il ressort des textes et de la jurisprudence. Il s'agit de réunir diverses données qui permettent de donner un sens à chaque principe, dans le but de le rattacher à une logique temporelle.

Cette démarche permet de démontrer qu'il existe une véritable temporalité dans l'application de chaque principe de la commande publique, le facteur temps précisant les fonctions propres

¹¹⁹¹ D. de BECHILLON, Ph. TERNEYRE, obs. sous CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *RFDA* 1999, p. 372.

¹¹⁹² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 18 : « une méthode est une manière de conduire la pensée, et la méthodologie juridique est l'étude des procédés et des méthodes que les juristes sont amenés à pratiquer dans leurs activités de recherche, de création et d'application du droit et, plus généralement, pour parvenir à la solution des problèmes juridiques. Les juristes ne peuvent, pour cela, se contenter de la seule connaissance des lois, de la réglementation et de la jurisprudence car les solutions juridiques dépendent aussi de principes, d'institutions, de concepts, de procédés techniques, de raisonnements déterminés ».

¹¹⁹³ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *BJCP* n° 70, p. 189.

¹¹⁹⁴ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

à chacun. Cette conception temporelle des principes ressort de certains écrits doctrinaux, sans faire l'objet de plus d'approfondissement. Gregory Kalflèche¹¹⁹⁵ dissocie les principes justifiant les procédures de passation des principes renforçant les procédures de passation. Ainsi, il distingue les principes intervenant en amont de la procédure et ceux intervenant pendant la procédure : la distinction repose donc sur un critère temporel. Florian Linditch¹¹⁹⁶ évoque également l'existence d'une temporalité des principes. Selon cet auteur, le Code des marchés publics décline le principe général d'égalité de manière chronologique : « *d'abord, permettre à l'ensemble des opérateurs de présenter candidatures et offres en réalisant une publicité suffisante ; ensuite leur garantir que leurs propositions seront traitées de manière équitable (...); enfin, l'obligation de transparence ex-post impliquera que l'administration puisse justifier après coup de l'impartialité de sa consultation* »¹¹⁹⁷. Catherine Ribot distingue « *selon une approche chronologique du processus de passation du marché, le moment de l'accès des soumissionnaires aux informations leur permettant de préparer une offre, et le moment où les offres présentées par les candidats sont examinées par le pouvoir adjudicateur, et où il est question alors de l'égalité de traitement des candidats* »¹¹⁹⁸.

Pierre Delvolvé¹¹⁹⁹ adopte également une approche temporelle des principes. L'auteur répertorie trois principes de base de la commande publique : la liberté, l'égalité et la publicité. Ils distinguent, parmi ces derniers, les principes relatifs à l'utilisation de la commande publique et les principes relatifs à la mise en œuvre de la commande publique. La première catégorie est subdivisée en deux types de principes : ceux concernant le recours à la commande publique, ceux concernant le recours au type de commande publique. Il en est de même pour la deuxième catégorie, subdivisée comme suit : les principes relatifs à l'attribution de la commande publique, et les principes relatifs à l'exécution de la commande publique. Ainsi, l'auteur distingue, par une approche chronologique, quatre grandes phases, dont il étudie distinctement les principes directeurs : le recours à une procédure de passation, le choix de la procédure de passation, la mise en œuvre de la procédure de passation, et l'exécution du contrat.

¹¹⁹⁵ G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dacty., Paris II, 2004, pp. 600 et s.

¹¹⁹⁶ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2007, p. 23.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁹⁸ C. RIBOT, « Egalité d'accès des soumissionnaires », in C. RIBOT, E. MARC et P. IDOUX, *Dico Moniteur des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 2008, p. 296.

¹¹⁹⁹ P. DELVOLVÉ, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI* 2003, p. 481.

L'approche temporelle révèle qu'au temps de l'accès (**paragraphe 1**), de la mise en concurrence (**paragraphe 2**) et de la fin de la procédure (**paragraphe 3**) doivent être rattachés les principes de la commande publique, afin de préciser leurs fonctions propres au sein du tout qu'ils forment. La liberté d'accès prédomine dans le premier temps ; l'égalité de traitement et la transparence sont effectives dans le deuxième temps ; la transparence est le seul principe du dernier temps.

Paragraphe 1 : Le premier temps et la liberté d'accès.

C'est logiquement par le premier temps de la commande publique que doit commencer le rattachement entre les logiques temporelles et principiellles. Il convient donc de rappeler la logique attenante à ce premier temps (**A**), pour ensuite rechercher quel est le principe qui s'y rattache le plus (**B**). Différents éléments démontrent que la liberté d'accès à la commande publique concorde avec ce premier temps, les deux logiques de chacun étant ciblées sur l'accès à la mise en concurrence.

A : La logique du premier temps de la commande publique.

Le premier temps est celui de l'accès à la commande publique. Après la détermination de l'existence obligatoire d'une procédure de passation¹²⁰⁰, sa finalité est de permettre l'accès à la mise en concurrence à tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le contrat. *A contrario*, l'objectif de ce temps est de limiter les entraves possibles dans l'accès des candidats aux contrats de la commande publique. Par conséquent, l'objectif est d'appeler « *le plus grand nombre possible de concurrents : on aura ainsi plus de chances d'obtenir des*

¹²⁰⁰ Au moyen de la détermination préalable des besoins : J.-D. DREYFUS, « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre II », *RDI* 2004 p. 143 – B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9 – H. LETELLIER, « La détermination des procédures de dévolution en fonction des besoins préalablement déterminés », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 24 – V. également le dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins » paru dans le *contrats publics* n° 140, février 2014, pp. 23-64.

*conditions meilleures (loi de l'offre et de la demande) »*¹²⁰¹. Cet objectif d'accès, véritable phase préparatoire à la procédure de mise en concurrence, comprend plusieurs éléments. Ils résident en l'absence de libre choix si une procédure de passation est obligatoire, susciter une concurrence suffisamment large et saine au travers de l'information donnée aux candidats potentiels, déterminer des critères de sélection des candidatures qui n'entravent pas de manière injustifiée cet accès, limiter tous les éléments de fond et de forme injustifiés qui empêchent un opérateur économique intéressé de participer à la procédure. Au-delà de tels éléments, cet objectif comprend les démarches favorisant l'accès de certains candidats, tels que l'allotissement¹²⁰², l'accès des PME (petites et moyennes entreprises) à la commande publique¹²⁰³ ou encore l'accès des personnes publiques aux contrats de la commande publique.

Ce temps, poursuivant un objectif d'accès à la mise en concurrence, est donc empreint d'une logique économique¹²⁰⁴. Axé sur l'existence d'une concurrence large et idéale, il permet à tous les opérateurs économiques sur le marché d'avoir une chance d'accéder au contrat. En outre, l'information préalable quant à l'existence de la procédure est empreinte d'un impératif concurrentiel¹²⁰⁵, la publicité créant, en ce qu'elle attire les différentes offres, un marché concurrentiel¹²⁰⁶. À cet égard, il n'est pas surprenant que certaines décisions du début du siècle dernier évoquent, pour des affaires relatives à ce temps, le principe de libre

¹²⁰¹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif – Théorie générale des contrats administratifs*, Marcel GIARD, 3^{ème} éd., 1934, p. 84.

¹²⁰² L'art. 10 du Code des marchés publics relatif à l'allotissement commence comme suit : « *afin de susciter la plus large concurrence* ». Pour des développements v. : F. LINDITCH, « L'allotissement », *Cahiers du droit de l'entreprise* 2007, n° 5, p. 30 – L. AYACHE, « Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allotir ? », *AJDA* 2009, p. 1240 – E. DEROUESNÉ, A. STEFANINI-COSTE, « Le juge au service de l'effet utile du Code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critère », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 4 – L. BENOIT, « Contrats globaux et allotissement », *Contrats publics* 2012, n° 126, p. 27.

¹²⁰³ V. notamment, sur cette question : F.-R. BERTRAND, « Commande publique et PME », *Marchés publics* n°232, mars 1988, p. 27 – J.-F. SESTIER, « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP*, 2001, n° 16, p. 214 – A. DOMANICO, « Les PME et le code des marchés publics », *CP-ACCP*, n° 31, mars 2004, p. 115 – J.-D. DREYFUS, « Code des marchés publics et PME : le choix d'une discrimination positive », *AJDA* 2006, p. 1769 – A. DOMANICO, « Accès des PME à la commande publique : l'impossible réforme ? », *Contrats publics*, n° 69, septembre 2007, p. 24 – J.-M. PASTOR, « Les propositions françaises pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics », *AJDA* 2008, p. 173.

¹²⁰⁴ Pour des développements sur la prise en compte du raisonnement économique dans le droit des contrats de la commande publique voir B. du MARAIS, « Le droit de la commande publique est-il un droit de la concurrence ? », *Gaz. Pal.* 2007, n° 86, p. 4.

¹²⁰⁵ D. GUINARD, « De l'effectivité du droit de la concurrence dans le droit de la commande publique : regard récent sur la sélection des offres des candidats par les pouvoirs adjudicateur », *Contrats et marchés publ.* 2011, ét. 3.

¹²⁰⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 583.

concurrence¹²⁰⁷. Ce temps aboutit à une véritable mise en concurrence donnant lieu, ultérieurement, au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, ou au choix du cocontractant. Les logiques de ce temps s'opposent par conséquent à une sclérose du marché de l'achat public.

En droit de l'Union européenne, la possibilité d'accès des entreprises ressortissantes d'autres États membres à certains contrats atteste de cette logique économique d'ouverture du marché européen à la concurrence¹²⁰⁸. Le droit de l'Union se tourne en effet vers l'offre, et laisse la place à une problématique centrée autour de l'entreprise soumissionnaire, de l'environnement économique et des rapports concurrentiels entre entreprises¹²⁰⁹. À ce titre, il convient de souligner que le droit de la commande publique européen découle directement des grandes libertés économiques contenues dans les traités¹²¹⁰. Sans entrer dans le domaine du droit de la concurrence qui reste différent du droit des contrats¹²¹¹, il est possible de constater que la poursuite de l'efficacité économique n'est pas étrangère à cette phase de la commande publique¹²¹². Il semble bien que l'objectif est ainsi « *de créer un marché (au sens économique) où se rencontrent la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques* »¹²¹³. Ce temps est donc axé sur les conditions d'application de la concurrence, préalable indispensable à la mise en concurrence elle-même, ces deux phases étant distinctes¹²¹⁴.

¹²⁰⁷ CE, 9 février 1912, *Mauguin*, *Rec.* p. 179 – CE, 10 mars 1937, *Société Robiou et Martin*, *Rec.* p. 294.

¹²⁰⁸ La politique communautaire doit être « *conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* », Traité de Maastricht, 1992. Le droit communautaire, d'essence libérale, est animé par le seul objectif d'assurer la plus parfaite des concurrences : Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 87 – F. LICHERE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », *Contrats publics* n° 69, sept. 2007, p. 39 – S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *A propos des contrats des personnes publiques*, *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 429.

¹²⁰⁹ J.-F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie Nationale, 2004, p. 10.

¹²¹⁰ Il s'agit de la libre circulation des marchandises (art. 34 TFUE), de la liberté de prestations de service (art. 56 TFUE), et de la liberté d'établissement (art. 49 TFUE).

¹²¹¹ Malgré cet objectif commun d'efficacité économique, le droit de la concurrence et le droit de la commande publique restent deux domaines distincts : L. RICHER, « Un objectif, deux systèmes », Dossier « Les pratiques anticoncurrentielles », *CP-ACCP*, n° 99, mai 2010, p. 26.

¹²¹² Par exemple, l'amélioration de l'accès des PME est recherchée dans un but d'efficacité économique : G. ECKERT, « La réforme des dispositions financières du code des marchés publics », *Contrats et marchés publ.* 2011, dossier 6 : « *face à cela, la simplification des règles juridiques s'inscrit dans un double objectif, d'une part, de réduction des coûts d'achats publics par l'allègement des formalités pesant sur les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et, d'autre part, d'amélioration de l'accès des PME à la commande publique dans un but d'efficacité économique* ».

¹²¹³ G. KALFLECHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420.

¹²¹⁴ M. GUIBAL, « L'accès aux marchés publics », in J.-M. MOUSSERON (dir.), B. TEYSSIE (dir.), *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : librairies techniques, 1978, p. 904.

La logique économique et concurrentielle de ce temps étant dégagée, il convient d'y raccrocher le principe de la commande publique qui s'y rapproche le plus. C'est sans conteste la logique principielle de la liberté d'accès qui présente une véritable similitude avec ce premier temps de la commande publique.

B : La prédominance du principe de liberté d'accès.

La liberté d'accès doit être rattachée à ce premier temps par la concordance entre la logique temporelle et sa logique principielle, car ce principe est inspiré par la même préoccupation économique. Cette logique ne peut être déduite directement de l'analyse des textes ou de la jurisprudence. Les textes ne définissent pas les fonctions précises de chacun des principes de la commande publique¹²¹⁵. Quant au juge administratif, il ne définit ni n'utilise de manière autonome ce principe, car il ne le sollicite jamais comme unique fondement, la liberté étant toujours associée à l'un ou aux deux autres principes. Seule une décision du Conseil d'État de 2013¹²¹⁶, qui porte sur les spécifications techniques et relève donc du premier temps de la commande publique, utilise la liberté d'accès de manière autonome.

La concordance entre les deux logiques se démontre par l'étude des sources normatives et de la dimension économique du principe. La liberté d'accès trouve son fondement dans les grandes libertés économiques¹²¹⁷, notamment dans la liberté du commerce et de l'industrie¹²¹⁸. C'est certainement pour cette raison que certains relèvent sa proximité avec le

¹²¹⁵ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1.

¹²¹⁶ CE, 2 octobre 2013, *Département de Lot-et-Garonne*, n° 368900 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 307, note G. Eckert ; *AJDA* 2013. 1947. obs. D. Poupeau.

¹²¹⁷ Comme l'exprime L. BATTOUE dans sa thèse, « *la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie exprime ainsi l'idée d'un libre accès à l'activité économique.* ». L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dacty., Paris XII, 2006, p. 341.

¹²¹⁸ C. EMERY, « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2005, p. 2269 : « *comme en matière de marchés publics, le principe de liberté d'accès aux contrats de partenariat consacré par les articles 3 et L. 1414-3 précités trouve son fondement dans la liberté du commerce et de l'industrie* ».

principe de libre concurrence, dont elle constitue le premier stade¹²¹⁹. Ce principe « *est le reflet de certaines idées plus générales qui lui ont donné au XIXe siècle une assise particulièrement forte, celle du libéralisme économique fondé sur la libre concurrence* »¹²²⁰. En effet, « *l'article 1^{er} du code des marchés publics n'utilise pas l'expression "libre concurrence". Cependant, le principe de liberté d'accès à la commande publique qu'il pose correspond à l'un des piliers d'un système de libre concurrence qui, pour présenter ses vertus et permettre d'atteindre l'optimum économique, suppose notamment que les offreurs soient libres d'entrer et de sortir du marché* »¹²²¹. La liberté d'accès s'associe donc étroitement au respect de la libre concurrence en général et des règles de la concurrence en particulier¹²²².

Ainsi, ce principe est empreint d'une dimension économique, dans la mesure où il a pour fonction de permettre une concurrence suffisamment large. Comme le souligne Laurent Richer, « *pour qu'un marché (au sens économique du terme) soit concurrentiel, quatre conditions doivent être réunies : l'atomicité (absence d'effet de domination), l'homogénéité des produits (pour permettre les comparaisons), la liberté d'accès, la circulation de l'information. Le code des marchés publics met surtout l'accent sur la troisième de ces quatre conditions* »¹²²³. La dimension concurrentielle soulignée par les auteurs confirme cette logique économique de la liberté d'accès. Car sans un accès des opérateurs économiques au marché concurrentiel, il ne peut y avoir de concurrence. En effet, « *quand une personne publique se procure des biens et des services ou confie à un tiers la gestion d'un service public (...) la question est de savoir si elle interfère dans le fonctionnement concurrentiel et s'il est par suite justifié que des procédures lui soient imposées, qui garantissent la liberté d'accès des opérateurs économiques à sa commande* »¹²²⁴. La liberté d'accès dispose donc d'une dimension économique certaine.

¹²¹⁹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 700 : « *la liberté d'accès est en effet le premier stade de la libre concurrence si on l'entend comme la « liberté d'accès au marché économique » qu'est le marché public* ».

¹²²⁰ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 597.

¹²²¹ O. GUEZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *CP-ACCP* n° 20, mars 2003, p. 43.

¹²²² S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, p. 528.

¹²²³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 370.

¹²²⁴ A. MENEMENIS, « L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite d'une réflexion », *Contrats publics*, septembre 2004, n° 36, p. 65.

En outre, un contrat de la commande publique constitue un véritable marché concurrentiel. En effet, « *si l'achat public est l'une des expressions les plus visibles de l'action publique, il est aussi un acte économique qui s'inscrit dans une économie de marché dominé par le principe de libre concurrence* »¹²²⁵. Dans le cadre de ces contrats, le marché pertinent est le champ d'application contractuel¹²²⁶. Par conséquent, les procédures de mise en concurrence des contrats de la commande publique ont pour objectif de « *créer un marché (au sens économique) où se rencontrent la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques* »¹²²⁷. Car « *concourir, et la comparaison sportive est tout à fait pertinente, implique à la fois l'affrontement mais aussi la rencontre sur un même terrain* »¹²²⁸. Le fonctionnement concurrentiel du marché devient ainsi le fondement du régime de passation des contrats de la commande publique¹²²⁹. Dès lors, pour assurer une saine concurrence, les opérateurs économiques doivent pouvoir être en mesure de choisir librement d'entrer ou non sur le marché que constitue le contrat. Ils doivent pouvoir exercer leur liberté d'accès à ce marché¹²³⁰. Cet objectif est inhérent au premier temps de la commande publique. Le droit de la concurrence n'étant pas d'application assez large, il doit forcément exister un principe de la commande publique capable de garantir l'accès des opérateurs sur le marché. Or, le principe de liberté d'accès, en raison de ses origines économiques, est le seul principe de la commande publique propre à assurer une telle liberté. Pour les raisons précédemment évoquées, le principe d'égal accès à la commande publique ne constitue pas un fondement pertinent¹²³¹.

La sémantique de ce principe constitue un second indice de cette dimension économique de la liberté d'accès. Dans « *liberté d'accès à la commande publique* », il y a le terme « *accès* ». Dans son sens littéral, ce principe est imprégné d'une logique d'accession à une commande. Le terme de « *liberté* » sous-tend le droit de pouvoir librement accéder à la commande publique, le droit de disposer d'une liberté de concourir. La liberté est généralement synonyme de concurrence et, le plus souvent, une limitation de la concurrence s'analyse en une privation de liberté¹²³². L'activité d'un opérateur économique est conditionnée par sa

¹²²⁵ Manuel d'application du Code des marchés publics, décret du 7 janvier 2004, www.minefi.fr.

¹²²⁶ CA Paris, 31 octobre 1994, *UGAP c/ CAMIF* ; CCC février 1995, n° 29, obs. L. Vogel – Cons. Conc., 6 juin 2006, n° 06-D-13.

¹²²⁷ G. KALFLECHE, art. préc., p. 2425.

¹²²⁸ D. LINOTTE, « Principe d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction de R. CRISTINI et J.-M. RAINAUD, Economica, 1987, p. 13.

¹²²⁹ L. BATTOUE, *op. cit.*, p. 352.

¹²³⁰ O. GUEZOU, art. préc., p. 43.

¹²³¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²³² D. LINOTTE, art. préc., p. 15.

liberté d'entrée et de sortie du marché¹²³³, c'est ce que dévoile la sémantique de la liberté d'accès en ce qui concerne l'activité de commande publique. Or, le premier temps de la commande publique est empreint de cette logique d'accès.

La sémantique des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ne démontre pas une telle similitude, seule la liberté d'accès s'y rapproche. La transparence est un principe multiforme issu de la science administrative¹²³⁴, dont l'esprit n'est pas empreint d'une dimension économique. En outre, et ainsi que l'affirme Yves Gaudemet, « *l'égalité n'a rien à voir avec la configuration spécifique de chaque type de contrat qui fait – en droit privé comme en droit public – que les cocontractants possibles se recrutent dans un cercle de professionnels limités* »¹²³⁵. En effet, L'égalité de traitement des candidats ne s'apparente pas à une logique d'accès et s'applique une fois cet accès assuré.

Dès lors, à la vue de ces indices, le principe de liberté d'accès est rattachable au premier temps de la commande publique. Les deux logiques temporelles et principiellles ont de grandes similitudes dans l'existence d'une dimension économique et concurrentielle, et dans l'esprit d'accès à un marché pertinent que constituent les contrats de la commande publique. La question reste de savoir si la liberté peut être rattachée aux autres temps de passation des contrats de la commande publique de la même manière. Il ne semble pas, ces logiques d'accès et d'économie ne ressortant pas dans ces temps qui ont pour objectif la mise en concurrence effective des candidats et la finalisation de la procédure. Comme le souligne Gregory Kalfleche, le principe de liberté d'accès « *n'impose aucune obligation à la mise en concurrence elle-même. Il n'a d'influence que sur l'accès à cette mise en concurrence, non sur son déroulement* »¹²³⁶. Il est possible de conclure que la fonctionnalité et les conséquences de la liberté d'accès ne peuvent être étudiées que sous le prisme du premier temps de la commande publique ainsi que des objectifs qui y sont assignés. Ainsi, une telle approche peut expliquer pourquoi il est possible de rattacher une partie de l'obligation de publicité, point fondamental du premier temps, exclusivement à la liberté d'accès et non au principe de

¹²³³ O. GUEZOU, art. préc., p. 43.

¹²³⁴ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360 – Ch. MAUGÜÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 609 : « le terme de transparence est apparu dans la science administrative au début des années quatre-vingt pour caractériser un ensemble de lois qui visaient à rapprocher l'administration des administrés ».

¹²³⁵ Y. GAUDEMET, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », *CJEG* 2004, n° 605, p. 5.

¹²³⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 700.

transparence¹²³⁷. Il convient à présent de rechercher quel est le principe qui se rattache au deuxième temps de la commande publique.

Paragraphe 2 : Le deuxième temps et les principes d'égalité de traitement et de transparence.

S'agissant de l'étude du deuxième temps de la commande publique, la démarche est identique, en ce sens qu'il convient de rattacher les logiques temporelles à des logiques principielles. Après avoir rappelé les deux logiques relatives à ce deuxième temps (**A**), il y a lieu de rechercher quel est le principe, pour chaque logique, qui s'y rattache le plus (**B**). C'est le principe d'égalité de traitement des candidats qui se rapproche le plus de la logique temporelle de mise en concurrence effective des candidats. Ce temps étant celui de la confrontation entre la personne responsable de l'achat et les candidats réels et non plus potentiels, l'égalité de traitement reste le principe le plus imprégné de cette logique. Pour l'objectif d'intelligibilité de la procédure, la transparence joue un rôle fondamental dont ne disposent pas les deux autres principes.

A : Les logiques du deuxième temps de la commande publique.

Après la création d'un marché pertinent et l'ouverture à la concurrence par la détermination des conditions d'accès à ce marché, intervient la mise en concurrence effective des candidats aux contrats. C'est cette phase des procédures de passation qui intéresse le deuxième temps de la commande publique. Les opérateurs économiques intéressés par le contrat, et informés de son existence par la publicité, manifestent leur volonté de soumissionner auprès de l'autorité adjudicatrice en déposant leurs candidatures et leurs offres. La personne responsable du contrat est alors en charge d'opérer une véritable mise en concurrence entre les candidats qui se sont effectivement manifestés pour l'obtention du

¹²³⁷ A. CLAEYS, « Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public », note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, RDP 2006, n° 4, p. 1080.

contrat. Il ne s'agit donc plus ici d'une question d'accès à la procédure de passation, cette dernière ayant été réglée lors du premier temps. Il s'agit, pour ce deuxième temps, de la prise en charge, par l'autorité adjudicatrice, des opérateurs économiques qui peuvent accéder à la mise en concurrence, et qui candidatent effectivement. Après la détermination des conditions d'accès lors du premier temps, s'en suit donc une mise en œuvre des conditions d'accès lors du deuxième temps. C'est une véritable phase de confrontation entre la personne responsable du contrat et les candidats, qui passent du statut de candidats potentiels à celui de candidats réels.

Par conséquent, ce temps embrasse toutes les modalités relatives aux rapports directs entre l'autorité adjudicatrice et les candidats, jusqu'au choix du cocontractant. Il est axé sur le comportement des candidats entre eux, et de l'autorité adjudicatrice avec l'ensemble des candidats. L'objectif de ce deuxième temps est donc le traitement impartial de l'ensemble des candidats afin d'assurer les objectifs plus généraux d'efficacité de la commande publique et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit d'appliquer, sans faire d'inégalité entre les candidats, les conditions d'obtention du contrat qui ont été préalablement définies lors de la première phase.

L'idée que tous les concurrents doivent être mis sur un pied d'égalité est ancienne¹²³⁸. Elle implique que les conditions doivent être les mêmes pour tous et que la préférence doit être donnée à celui qui fait les offres les plus avantageuses pour l'administration¹²³⁹. Tous doivent être également traités¹²⁴⁰. À l'époque de Georges Péquignot, la violation de la règle d'égalité entre les soumissionnaires était le grief le plus invoqué et la jurisprudence sur ce point était abondante¹²⁴¹, tant cet objectif d'égalité est fondamental.

Afin d'assurer l'impartialité de la procédure, il faut veiller « à ce que la règle du jeu soit non seulement la même pour tous les candidats, mais encore qu'elle leur soit appliquée de

¹²³⁸ V. M. LE VAVASSEUR de PRECOURT, concl. sur CE, 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p. 321 : « la jurisprudence reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication le droit d'en contester la régularité, si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité. Cette jurisprudence est fort ancienne ». V. également M. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 281 : « le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales de l'adjudication, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents ».

¹²³⁹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif – Théorie générale des contrats administratifs*, Marcel GIARD, 3^{ème} éd., 1934, p. 92.

¹²⁴⁰ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Ed. A. Pédone, 1945, p. 214.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 221.

manière identique »¹²⁴². Dès lors, les règles doivent s'appliquer à tous de la même manière¹²⁴³, et l'autorité adjudicatrice ne doit pas, par son comportement, induire des inégalités injustifiées entre les candidats. Il existe ainsi « *une obligation qui incombe à l'administration de traiter sur un pied d'égalité toutes les entreprises qui entrent en concurrence pour l'attribution d'un marché public* »¹²⁴⁴. Cette affirmation de Michel Guibal au sujet des marchés publics, s'applique à l'ensemble des contrats de la commande publique¹²⁴⁵.

La seconde logique de ce deuxième temps de la commande publique est celle de l'intelligibilité de la procédure de passation. Dans cette phase, l'autorité adjudicatrice doit être en mesure de communiquer les informations nécessaires afin que les candidats puissent élaborer une soumission répondant à ses attentes. Dans un souci d'efficacité de la procédure, cette seconde logique est parallèle à celle d'un égal traitement des candidats¹²⁴⁶. Cet objectif d'intelligibilité concerne le contenu de la publicité initiale – et non pas le support de la publicité, qui est un élément de l'accès à la mise en concurrence¹²⁴⁷ – ainsi que toutes les informations susceptibles d'être communiquées jusqu'au choix du cocontractant.

La question se pose à présent de savoir quel est le principe qui se rattache à la logique d'égal traitement, puis à la logique d'intelligibilité des procédures. La liberté d'accès n'est pas un principe trouvant sa place dans ce second temps, ayant déjà épuisé ses effets. En revanche, l'égalité de traitement et la transparence se rapprochent de ces deux logiques temporelles.

¹²⁴² B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publics* 2004, ét. 9.

¹²⁴³ Communication interprétative de la commission du 19 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, *JOCE*, C 121, 29 avril 2000, pt 3.1.1.

¹²⁴⁴ M. GUIBAL, « Égalité et conclusion des marchés publics », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, « *L'interventionnisme économique de la puissance publique* », CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.

¹²⁴⁵ Tous les textes relatifs aux contrats de la commande publique comportent, dans leurs dispositions, des références à cette obligation d'égalité.

¹²⁴⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁴⁷ *Idem*.

B : La prédominance de l'égalité de traitement et de la transparence.

À chaque logique de ce deuxième temps de la commande publique se rattache un principe : l'égalité de traitement pour les modalités de traitement des candidats (I), et la transparence pour les modalités relatives à l'intelligibilité de la procédure (II).

I : Le rattachement de l'égalité de traitement à la logique de mise en concurrence effective entre les candidats.

C'est l'égalité de traitement qui permet d'assurer une égalité de traitement entre les candidats lors de la mise en concurrence effective. À cet égard, la liaison entre ce principe et la logique temporelle sus-évoquée paraît évidente. Au sens littéral du terme, l'égalité de traitement des candidats signifie l'obligation d'assurer un traitement égal entre les soumissionnaires effectifs à un contrat de la commande publique, et permet d'interdire toutes les inégalités injustifiées entre ces derniers. Or, c'est justement cet objectif qui s'inscrit dans la logique du deuxième temps de la commande publique. La donnée sémantique n'est pas le seul élément plaidant en faveur de ce rattachement. Les sources de ce principe confirment également les similitudes entre la logique principielle et la logique temporelle. Le principe d'égalité de traitement des candidats découle d'un principe plus général d'égalité¹²⁴⁸. Il est également l'expression particulière à la matière du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques¹²⁴⁹. Il est vrai que ce fondement n'est cependant pas exclusif à l'égalité de traitement, puisque les principes de liberté d'accès et de transparence découlent également

¹²⁴⁸ Art. 6 de la DDHC : « elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

¹²⁴⁹ J.-F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, éd. Imprimerie nationale, coll. Essentiel Expert, 2005, p. 185.

d'un principe plus général d'égalité¹²⁵⁰. C'est pour cette raison que le principe général d'égalité peut être perçu comme le véritable principe directeur de la sélection du cocontractant¹²⁵¹. Mais ce fondement commun ne signifie pas une essence commune. Seul le principe d'égalité de traitement garde le terme d'« égalité » dans sa dénomination, lui conférant ainsi une dimension particulière dans l'égalité. C'est pourquoi ce principe est l'expression de l'égalité la plus immédiatement compréhensible dans le cadre de la commande publique¹²⁵². La liberté d'accès est l'expression économique de l'égalité, issue de l'idée de concurrence ; la transparence n'en est qu'une mise en œuvre. C'est pourquoi l'égalité de traitement est la plus à même d'être attachée à ce deuxième temps de la commande publique.

Son utilisation par les juridictions démontre également un rapprochement entre ce principe et l'objectif d'égal traitement du deuxième temps. En droit interne, c'est un principe qui irrigue l'ensemble de la jurisprudence administrative relative à la passation¹²⁵³. Il est quasi-systématiquement utilisé comme fondement pour les contentieux relatifs au deuxième temps de la commande publique. C'est le cas, parmi les nombreux exemples, des litiges liés à la négociation lors de la mise en concurrence effective des offres¹²⁵⁴. Ainsi, son utilisation par les juges pour les contentieux relatifs au deuxième temps ne pose pas problème. Toutefois, il existe une réelle difficulté dans l'articulation temporelle des principes dans l'utilisation, par les juridictions, de l'égalité de traitement pour les litiges relatifs au premier temps. Il arrive en effet que les juges utilisent ce fondement pour les contentieux relatifs à l'accès à la

¹²⁵⁰ L. RICHER, « Constitution, contrat et commande publique », *Les nouveaux cahiers du CC*, n° 37, 2012, p. 44 – *Cahier du conseil constitutionnel*, n°12, 2002, comm. décision 2001-452 DC du 6 décembre 2001, loi MURCEF : la passation des marchés publics répond à « des exigences qui se rattachent aux diverses facettes du principe d'égalité ».

¹²⁵¹ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 190 : « la procédure de sélection du cocontractant est articulée autour du principe d'égalité, que ce soit en matière de commande ou en fonction publique ».

¹²⁵² G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 642 : « l'égalité de traitement est avant tout une expression du principe général d'égalité. Il en est même l'expression la plus immédiatement compréhensible dans le cadre de la commande publique ».

¹²⁵³ J.-F. BRISSON, *op. cit.* p. 187.

¹²⁵⁴ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault – CE, 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin-de-Ré et de la Flotte-en-Ré*, n° 228856 et 229824, *Rec.* p. 265 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 245, note D. P ; *AJDA* 2001. 1090, note J.-P. Markus ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 163, note P. Soler-Couteaux – CE, 29 avril 2002, *Groupeement des associations de l'Ouest parisien*, n° 216902 et n° 241134, *Rec.* T. p. 810 ; *BJCP* 2002, p. 374, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 177, note E. Delacour – CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, n° 288459 ; *AJDA* 2006. 1781, note L. Richer ; *RDI* 2006. 477, obs. J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2006, comm. 185, A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 233, note G. Eckert – CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *BJCP* 2006, p. 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, note E. Delacour.

commande publique¹²⁵⁵. Plusieurs explications sont possibles et résident, d'une part, dans l'absence d'une définition précise des principes pouvant amener le juge à utiliser de manière aléatoire l'un ou les principes de la commande publique et, d'autre part, dans la portée large de son homologue européen pouvant justifier une utilisation étendue de l'égalité de traitement française.

En effet, ce principe d'égalité de traitement¹²⁵⁶ existe, au sens littéral du terme, en droit de l'Union européenne¹²⁵⁷. Reconnu comme un principe fondamental, il contribue à assurer le développement d'une concurrence effective dans l'attribution et l'exécution des contrats publics¹²⁵⁸. Il entraîne la prohibition des discriminations ostensibles fondées sur la nationalité ainsi que toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres distinctions, aboutissent au même résultat¹²⁵⁹. Il constitue un véritable principe référentiel dans la mise en œuvre des règles destinées à assurer la concurrence et la transparence des offres¹²⁶⁰. La question se pose de savoir si le principe d'égalité de droit interne recouvre le même champ d'application que celui du droit de l'Union européenne. Car « *en ce qu'ils relèvent également du droit communautaire, ces principes [de la commande publique] ne font pas toujours l'objet d'interprétations voire de fondements exactement identiques. De ce point de vue, on peut constater certaines fluctuations peu propices à une application sécurisée de la règle de droit* »¹²⁶¹. En droit interne, il se cantonne au deuxième temps de la commande publique, c'est-à-dire de la publicité jusqu'au choix du cocontractant. En droit de l'Union

¹²⁵⁵ Par exemple CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofit Isolation*, n° 39120, *Rec.* p. 171, au sujet d'une circulaire qui prône l'exclusion des entreprises dont le chiffre d'affaire est trop conséquent pour les petits marchés, afin de favoriser l'accès des PME. Le Conseil d'État annule la circulaire sur le fondement de l'égalité de traitement.

¹²⁵⁶ Pour plus de développements sur le principe d'égalité de traitement en droit de l'Union européenne, v. notamment : N. de GRONE-VALDEYRON, « Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de Justice des communautés européennes », *Marchés publ.*, 1996, n° 2, p. 25 – S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etudes à partir des libertés économiques*, thèse, PUAM, 1999 – P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDE* 2002, p. 413.

¹²⁵⁷ Ce principe est contenu dans les nouvelles Directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Il était également mentionnée dans les anciennes directives. Il est également mentionné dans la nouvelle directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

¹²⁵⁸ D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. sur CJCE, 27 novembre 2001, *Lonbardini SpA et Impresa Ing Mantovani SpA*, aff. C-285/99 et C-286/99, pt 25.

¹²⁵⁹ CJCE, 16 février 1978, *Commission c/ Irlande*, aff. 61-77, *Rec.* p. 417, concl. G. Reischl.

¹²⁶⁰ J.-F. BRISSON, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁶¹ J.-F. SESTIER, « Les principes de la commande publique », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. ECONOMICA, 2008, p. 194.

européenne, ce principe dispose d'une portée beaucoup plus large. Par conséquent, les principes d'égalité de traitement européen et français n'ont pas la même portée, le premier étant plus large que le second. Cette différence a déjà été soulevée par Gregory Kalflèche. Par une analyse des textes et de la jurisprudence, l'auteur démontre que l'égalité de traitement en droit communautaire dispose d'une assise très large englobant les préoccupations relatives à l'accès au marché¹²⁶², au sens économique du terme, ainsi que celles attenantes à la mise en concurrence effective¹²⁶³. Ainsi, pour l'auteur, l'égalité de traitement européenne est la réunion de l'égalité d'accès et de l'égalité de traitement française¹²⁶⁴.

En droit interne, le principe d'égalité de traitement n'a de réelle portée que lors du deuxième temps de la commande publique. Il poursuit un objectif de traitement égal des candidats de la publicité préalable jusqu'au choix de l'offre. Il constitue dès lors un véritable « *guide des procédures* »¹²⁶⁵. Ce deuxième temps de la commande publique comprend aussi une logique d'intelligibilité des procédures qui doit être exclusivement rattachée au principe de transparence des procédures.

II : Le rattachement du principe de transparence à la logique d'intelligibilité de la procédure.

Les logiques principielles de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ne coïncident pas avec la logique temporelle d'intelligibilité des procédures, car cette dernière n'a pas de rapport avec la liberté d'accéder à la procédure de passation ou avec le traitement égal des candidats. Tout au plus peut-on trouver un point de convergence entre le contenu¹²⁶⁶ de la publicité initiale et la possibilité d'accéder au mieux à l'obtention du contrat. Dans ce cas, le contenu de la publicité aurait un lien avec la liberté d'accès à la commande publique. En effet, plus les candidats disposent de précisions sur la

¹²⁶² V. par exemple CJCE, 22 septembre 1988, *Commission des communautés européennes c/ Irlande*, aff. 45/87, *Rec.* p. 4929 – CJCE, 22 juin 1993, *Commission des communautés européennes c/ Royaume de Danemark*, aff. C-243 :89, *Rec.* p. I-3353 – CJCE, 26 septembre 2000, *Commission des communautés européennes c/ République Française*, aff. C-225/98, *Rec.* p. I-7445.

¹²⁶³ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 621 et s.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 626 : « *l'égalité de traitement en droit communautaire (...) regroupe par conséquent non seulement l'égalité dans le traitement des offres (...) mais aussi en partie l'égalité d'accès à la commande publique* ».

¹²⁶⁵ Expression empruntée à G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 649.

¹²⁶⁶ Est évoqué ici le contenu de la publicité, et non le support de la publicité.

teneur de l'offre et le déroulement de la procédure, plus ils sont en mesure d'élaborer une soumission répondant au mieux aux besoins de l'autorité adjudicatrice. Le contenu de la publicité n'a cependant pas de lien avec la liberté d'accès dans la mesure où son opacité n'empêche pas une entreprise d'accéder à la procédure de passation. Le contenu de la publicité est donc à placer sur l'efficacité de la mise en concurrence, et non sur l'accès à cette dernière.

Il est également tentant de faire appel à l'égalité de traitement des candidats concernant le contenu de la publicité initiale. En effet, la transmission des informations sur un support de publicité accessible à tous permet un traitement égal des candidats dans l'accès à cette information. Cette conception doit cependant être rejetée, puisque la logique d'intelligibilité des procédures reste éloignée de la logique d'égal accès à l'information, dans la mesure où les logiques d'intelligibilité et d'égalité sont nécessairement différentes. En effet, il peut y avoir un respect de la logique d'égalité de traitement sans que ne soit rempli l'objectif d'intelligibilité des procédures, et inversement. En d'autres termes, l'autorité adjudicatrice peut traiter de manière égale l'ensemble des candidats, sans transmettre suffisamment d'informations sur le déroulement de la procédure ; à l'inverse, elle peut transmettre des informations très précises, sans pour autant procéder à un égal traitement des candidats. C'est donc la transparence qui se rapproche le plus de cet objectif d'intelligibilité des procédures de passation.

La transparence étant empreinte d'une logique d'accessibilité des informations administratives et d'absence d'opacité dans la vie administrative¹²⁶⁷, c'est vers elle qu'il convient de se tourner pour rattacher l'un des principes de la commande publique à l'objectif d'intelligibilité des procédures de passation. La sémantique du principe de transparence confirme ce rattachement : dénommée « *transparence des procédures* », elle est toute indiquée pour remplir l'objectif de ce deuxième temps de la commande publique, en luttant contre l'opacité dans le déroulement de la mise en concurrence. En jurisprudence, ce rattachement ne prévaut pas, la transparence étant bien souvent associée au principe d'égalité de traitement des candidats pour les litiges traitant de l'intelligibilité de la procédure. Mais à la lecture de certaines conclusions de rapporteurs publics, il est évident que la substance des

¹²⁶⁷ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.

informations transmises aux candidats relève de la seule transparence. Bertrand Dacosta¹²⁶⁸, dans ses conclusions sur la décision *ANPE* du 30 janvier 2009¹²⁶⁹, interpelle le Conseil d'État dans ses propos sur l'indication des critères de sélection dans les marchés à procédure adaptée : « *la question qui vous est posée, celle de savoir si le principe de transparence doit conduire le pouvoir adjudicateur à afficher ses critères de choix en début de procédure, concerne donc tous les marchés d'un montant compris entre 20.000 et 90.000 euros, ainsi que les marchés de services non prioritaires, quel que soit leur montant* ». Pour le rapporteur public, seul le principe de transparence a la légitimité pour contraindre le pouvoir adjudicateur à indiquer, préalablement à la réception des offres, les critères de sélection de choix du futur cocontractant. Dans ses conclusions sur la décision *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*¹²⁷⁰, le rapporteur public, sur la question de l'information des candidats sur les critères de sélection des offres avant le dépôt de celles-ci, évoque la « *suspension d'une procédure pour méconnaissance de l'obligation de transparence* »¹²⁷¹. La logique est similaire : ni le principe de liberté d'accès, ni celui d'égalité de traitement n'ont de rapport avec la substance des informations transmises aux candidats. Par conséquent, « *on voit ainsi que le principe de transparence peut conduire à exiger plus que la seule mention des critères et des conditions de leur mise en œuvre* »¹²⁷². L'intelligibilité des procédures entretient donc une liaison certaine avec le principe de transparence des procédures.

La transparence est ainsi le seul des principes de la commande publique à pouvoir assurer un objectif d'intelligibilité des procédures lors de ce deuxième temps de la commande publique. Ses fonctions ne s'arrêtent pas à ce stade de la procédure de passation, puisque la transparence dispose également d'un rôle fondamental lors du troisième temps de la commande publique.

¹²⁶⁸ B. DACOSTA, concl. sur CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *BJCP* n° 64, p. 205.

¹²⁶⁹ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

¹²⁷⁰ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. DACOSTA, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹²⁷¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, p. 104.

¹²⁷² N. BOULOUIS, concl. sur CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279, *BJCP* n° 71, p. 241.

Paragraphe 3 : Le troisième temps et la transparence.

Le troisième temps de la commande publique intervient après l'accès à la procédure et la mise en concurrence effective. Le choix du candidat étant fait, ce temps est consacré à la transmission des informations relatives au bon déroulement de la procédure et à l'ouverture utile des recours contentieux par des mesures de publicité spécifiques. Il s'agit donc d'une logique de transparence permettant la vérification du respect des deux autres principes (A). C'est donc le principe de transparence qui se rattache à cette logique temporelle (B).

A : La logique du troisième temps de la commande publique.

Le troisième temps de la commande publique intervient en fin de procédure : de manière épisodique après le rejet des candidatures, lorsque l'examen des candidatures et des offres est séparé ; de manière permanente après le choix définitif du cocontractant. Ce temps se situe donc après l'achèvement de l'accès et de la mise en concurrence effective des candidatures et des offres. Le fait que ce temps intervienne après le choix du cocontractant ne signifie pas que les principes de la commande publique ont épuisé tous leurs effets. Ce temps dispose d'un lien certain avec les objectifs plus généraux d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics, dans la mesure où ces objectifs ne seraient pas effectifs sans l'existence de recours contentieux pour contester la procédure et sans l'existence de moyens permettant la vérification du bon déroulement de la procédure de passation. Ce sont là les objectifs de ce troisième temps de la commande publique : la preuve du bon déroulement de la procédure¹²⁷³, l'ouverture utile des recours contentieux aux candidats évincés.

Ce temps de la commande publique est donc emprunt d'une logique d'accessibilité de l'information, et des rapports entre ces informations et les recours contentieux ouverts aux tiers comme aux concurrents évincés. Ces objectifs de preuve du bon déroulement de la procédure et d'effet utile des recours contentieux sont liés, car « *en liaison avec le droit au recours, plusieurs obligations de publicité des décisions relatives à l'attribution (...) sont*

¹²⁷³ Par « bon déroulement », il faut comprendre un déroulement légal de la procédure, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique et des textes.

imposée par les textes »¹²⁷⁴. De ce fait, ce temps est emprunt d'une logique de transparence : la personne responsable du contrat doit être transparente à l'égard des candidats évincés comme des tiers, en apportant la preuve du bien-fondé de son choix pour se prémunir d'éventuels recours contentieux. Ainsi, il semble tout à fait pertinent de faire concorder ce temps et le principe de transparence des procédures.

B : La prédominance de la transparence.

La source normative du principe de transparence n'est pas un indice pertinent pour le rattacher à ce troisième temps. Il découle du principe général d'égalité¹²⁷⁵ comme les deux autres principes, mais ne semble en recouvrir aucune facette spécifique évidente, contrairement aux deux autres. La jurisprudence ne donne aucune précision, le juge utilisant rarement le principe de transparence de manière autonome¹²⁷⁶. C'est donc l'esprit attaché au principe de transparence des procédures qui permet de trouver des similitudes avec le troisième temps de la commande publique.

Cette phase est consacrée aux publicités et informations *ex post* qui permettent de démontrer la légalité de la procédure et d'assurer l'effet utile des recours contentieux. L'autorité adjudicatrice doit être transparente en procédant à des mesures de publicité et en transmettant certaines informations aux candidats évincés et aux tiers, comme les services du préfet. Quel autre principe que celui de transparence peut se rapprocher de cette logique ... de transparence ? Dans ce temps, le principe de transparence prend tout son sens. La Cour de justice l'a affirmé explicitement dans sa jurisprudence *Telaustria*¹²⁷⁷. Il est inspiré d'une logique d'ouverture de l'administration vers l'extérieur¹²⁷⁸, d'accessibilité des informations

¹²⁷⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 409.

¹²⁷⁵ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2003, chron. 18, F. Linditch – CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

¹²⁷⁶ Les juges rattachent souvent ce principe aux deux autres ou à celui de l'égalité de traitement ou fondent leurs décisions sur l'irrespect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

¹²⁷⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, préc., pt 62 : « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (nous soulignons) ».

¹²⁷⁸ C. DEBBASCH, Introduction, in *La transparence administrative en Europe*, dir. C. DEBBASCH, éd. du CNRS, 1990, p. 11.

administratives, d'absence d'opacité dans la vie administrative¹²⁷⁹. La transparence, de manière générale, permet d'éviter que « *l'opacité des circuits de décision ne nourrisse différentes catégories de soupçon : soupçon de favoritisme, de corruption, d'arbitraire* »¹²⁸⁰. Dans le droit des contrats de la commande publique, il semble évident que cette logique concorde avec celle du troisième temps. Florian Linditch considère que la transparence, lors de ce temps, constitue une « *véritable machine de guerre* » car « *une fois le marché attribué, l'administration va devoir fournir tous les éléments documentaires et intellectuels permettant d'apprécier la rationalité de sa démarche* »¹²⁸¹. Et seule la transparence s'y applique, les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement ayant, à ce stade de la procédure, épuisé tous leurs effets. La transparence constitue ainsi, pour l'administration, « *l'explication sur ses choix* »¹²⁸².

Cette conception temporelle fait de la transparence un principe singulier uniquement lors des deuxième et troisième temps de la commande publique. Il reste cantonné aux objectifs d'intelligibilité de la procédure et de preuve de la légalité de la procédure. Concevoir le principe de transparence comme tel peut être une entreprise risquée car, malgré les doutes émis sur ascension principielle¹²⁸³, la transparence acquiert aujourd'hui le statut d'un véritable principe transversal, « *un principe actif du droit des contrats publics* »¹²⁸⁴, tant auprès des juridictions que du discours doctrinal. En droit de l'Union européenne, la transparence a acquis un statut de principe général du droit appartenant à la catégorie des principes constituant la communauté de droit¹²⁸⁵, méritant ainsi son qualificatif de principe fondamental¹²⁸⁶. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice sur la transparence a incité les rédacteurs du Code des marchés publics de 2001 à l'ériger au statut

¹²⁷⁹ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, Presses universitaires de Perpignan, 1998, p. 287.

¹²⁸⁰ CONSEIL D'ETAT, *La transparence et le secret*, EDCE 1996, n° 47, p. 33.

¹²⁸¹ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2007, p. 24.

¹²⁸² J.-M. PEYRICAL, « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA* 2004, p. 2141.

¹²⁸³ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360 – F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publ.* 2004, chronique 1 – L. RICHER, « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Presse Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 175 et s.

¹²⁸⁴ Ch. MAUGÜÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 624.

¹²⁸⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, n° 295, p. 366.

¹²⁸⁶ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ 2009, Coll. Droit des affaires, p. 199.

de principe fondamental au côté de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement¹²⁸⁷. Les juges internes ont consacré, par la suite, son rang de véritable principe¹²⁸⁸.

La transparence est ainsi décrite comme un principe transversal du droit de la commande publique à l'origine des obligations de publicité et de mise en concurrence¹²⁸⁹. Cependant, cette vision transversale présente un défaut certain, car elle fait du principe de transparence un « *principe éclaté à la portée protéiforme* »¹²⁹⁰. La temporalité des principes de la commande publique cantonne la transparence à des obligations précises, permettant ainsi de mieux percevoir ses contours. Lors du premiers temps, elle ne serait qu'une obligation qui complète les exigences posées par le principe fondateur de liberté¹²⁹¹ et ne serait définie que comme un principe « *selon lequel une activité doit être exercée ou un acte pris dans des conditions telles que les personnes intéressées puissent vérifier la légalité ou la moralité des différentes étapes qui ont conduit au résultat obtenu* »¹²⁹². Il faut ainsi distinguer l'obligation de transparence, qui découle du principe de liberté, du principe de transparence, qui impose un accès au contenu de la mise en concurrence et la publicité *ex post*. Dans le droit pénal, le délit de favoritisme n'est reconnu qu'en cas d'actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les délégations de service public¹²⁹³. Le principe de transparence ne sert donc pas de fondement dans le contrôle du délit de favoritisme, qui est un acte qui se déroule lors des deux premières phases de la commande publique. Il n'est donc pas un principe transversal du droit de la commande publique.

¹²⁸⁷ F. LLORENS, art. préc.

¹²⁸⁸ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Maugué ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.*, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude Gourdou et Bourrel – CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

¹²⁸⁹ Voir en ce sens E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dacty., Lyon 3, 2013 – P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 73 et s. : l'auteur évoque les différentes déclinaisons du principe de transparence tout au long des procédures de passation.

¹²⁹⁰ A. SÉE, comm. sous CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *RLCT* 2009, p. 49.

¹²⁹¹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 733.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 721.

¹²⁹³ Article 432-14 du Code pénal : « *est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

Les développements de cette première section ont pour objectif de démontrer l'existence d'une temporalité des principes de la commande publique. En fonction de la période du processus d'achat, il est désormais possible de déterminer quel principe doit s'appliquer. La liberté d'accès à la commande publique est le principe initial, car elle est rattachée au premier temps de la commande publique. L'égalité de traitement et la transparence interviennent lors du deuxième temps de la commande publique, lorsque la liberté a épuisé ses effets. Enfin, la transparence clôt le processus d'achat public, en étant le seul principe qui s'applique au troisième temps de la commande publique. Il n'est certainement pas anodin, au vu de cette conclusion, que les principes soient toujours dénommés dans cette ordre : « *liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures* »¹²⁹⁴. Grâce à cette temporalité des principes, il est permis de les singulariser au sein du processus d'achat public et au sein de l'ensemble homogène qu'ils forment. Il convient à présent, à partir de la temporalité des fonctions des principes, de se pencher sur leur articulation temporelle.

Section 2 : L'articulation des fonctions par le temps.

Le rattachement d'un principe avec un temps de la commande publique permet de préciser les fonctions-fins¹²⁹⁵ propres à chacun. Chaque principe poursuit un objectif temporel précis, dégagé lors du chapitre précédent, qui constitue sa finalité première. Après avoir dégagé les fonctions propres à chaque principe, il convient d'étudier l'articulation entre ces fonctions. Le fait que chaque principe soit attaché à un ou plusieurs temps déterminés ne signifie pas qu'il existe une frontière étanche entre eux. En d'autres termes, les fonctions respectives des principes ne doivent pas être strictement cloisonnées dans un temps déterminé. Il existe en effet, dans chaque temps, une relation entre les principes. Il convient ainsi d'exposer, au sein de chaque temps, l'articulation des principes de la commande publique, qui est fondamentalement liée au temps (**paragraphe 1**). Ainsi, la nature de la relation entre les principes évolue en fonction du temps dans lequel on se trouve, et plus il avance, moins de principes sont susceptibles de produire des effets.

¹²⁹⁴ C'est en effet la formulation classique qui prévaut dans l'ensemble des textes et de la jurisprudence. Les principes sont toujours présentés dans cet ordre là.

¹²⁹⁵ Sur cette notion : Cf *Supra*, Introduction.

Il convient également d'étudier l'articulation des principes non pas dans chaque temps mais dans le temps de manière générale (**paragraphe 2**). En effet, leur prédominance dans chaque temps n'exclue pas qu'ils puissent être invoqués et avoir des effets dans un temps ultérieur à leur temps de rattachement. Cette rétroactivité est due au caractère processuel de la passation des contrats de la commande publique. Si lors du processus, un fait remet en cause l'étape précédente, il convient de reprendre cette phase préalable, et donc d'invoquer le principe qui y est rattaché. Il n'existe ainsi pas d'étanchéité des fonctions propres des principes de la commande publique.

Paragraphe 1 : L'articulation des fonctions propres des principes dans chaque temps.

L'articulation des fonctions des principes est directement liée aux temps de la commande publique. Le temps qui avance, d'une part, diminue le nombre de principes applicables et, d'autre part, change la nature des relations entre les principes. Lors du premier temps de la commande publique, il existe une véritable relation hiérarchique entre les trois principes (**A**). La liberté d'accès, principe initial du processus d'achat public, prédomine cette phase. Les deux autres principes n'en sont qu'un accessoire. Il faut préciser ce qu'il faut entendre par ce terme « d'accessoire ». D'une part, cela signifie que l'application du principe accessoire est subordonnée à celle du prédominant. D'autre part, l'accessoire sera conduit dans son application à la lumière du principe dominant. Ainsi, les trois principes produisent des effets, mais sous l'égide de la liberté d'accès à la mise en concurrence. Dans le deuxième temps, la liberté d'accès a épuisé ses effets. Il s'instaure ainsi une relation parallèle entre l'égalité de traitement et la transparence, qui poursuivent deux objectifs distincts (**B**). Lors du troisième temps, l'égalité de traitement a épuisé ses effets. La transparence de l'exclusivité sur cette phase et toute relation entre les principes a disparue (**C**).

A : L'articulation lors du premier temps de la commande publique : une relation hiérarchique dominée par la liberté d'accès.

La liberté d'accès à la commande publique est le principe prédominant de ce premier temps¹²⁹⁶. Mais pour produire ses effets, ce principe a besoin des deux autres principes (**I**). En

¹²⁹⁶ Cf. *Supra*, Section 1.

effet, ce n'est qu'à travers une publicité préalable et une égalité dans l'accès à la mise en concurrence que la liberté est pleinement effective. La transparence (II) comme l'égalité de traitement (III) restent cependant des principes accessoires, dans la mesure où il existe une véritable relation hiérarchique au profit de la liberté d'accès. En effet, cette dernière reste le principe force de ce premier temps, faisant des deux autres des principes accessoires à son service. La liberté d'accès à la mise en concurrence revêt ainsi, lors du premier temps, un rôle de véritable principe matriciel¹²⁹⁷ qui dirige l'application des principes dérivés.

I : La liberté d'accès, principe force du premier temps de la commande publique.

La liberté d'accès est le principe force du premier temps de la commande publique, car c'est un véritable « principe initial » à l'origine de la création d'une concurrence entre les entreprises éventuelles intéressées par le futur contrat. La poursuite d'une mise en concurrence saine et loyale dépend donc en grande partie de la dimension à donner à la liberté d'accès. Cependant, lors de cette phase, la liberté d'accès a besoin d'être épaulée, notamment par les principes de transparence et d'égalité de traitement.

Pour être effective, la liberté d'accès a besoin de la publicité préalable¹²⁹⁸. La publicité étant le moyen de faire connaître à l'ensemble des prestataires intéressés l'existence du futur contrat, ainsi que ses grandes lignes, elle leur permet d'avoir la possibilité d'exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence ultérieure dans l'objectif d'obtenir le contrat. Dès lors, le pouvoir adjudicateur doit être transparent sur ses intentions de conclure le contrat afin de susciter une large concurrence. La liberté d'accès et la transparence vont ainsi de pair¹²⁹⁹.

La liberté d'accès va également de pair avec le principe d'égalité de traitement, en ce sens que pour être effective, il ne doit pas exister d'inégalité injustifiée dans l'accès à la mise en concurrence. En effet, « *la concurrence (...) repose sur deux postulats : la liberté de*

¹²⁹⁷ Il faut entendre par « principe matriciel » la définition retenue par B. MATHIEU : « *ainsi certains principes deviennent des principes majeurs, des « principes matriciels » en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes.* ». B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.* 1995, p. 211.

¹²⁹⁸ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* n°0039 du 15 février 2012 p. 2600, pt 10.1.1 – A. CLAEYS, « Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public », note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais, RDP* 2006, n° 4, p. 1080.

¹²⁹⁹ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *op. cit.*, p. 344.

*concourir, l'égalité dans la compétition. Les relations que nouent le principe de concurrence et les principes de liberté et d'égalité sont donc, pour employer un langage théologique, consubstantielles »*¹³⁰⁰. Pour garantir l'effectivité de la liberté d'accès, il faut donc nécessairement assurer une égalité relative entre les opérateurs, le jeu de la concurrence ne pouvant dès lors subir d'influence, donc perdre sa liberté¹³⁰¹. L'application du principe d'égalité est fondamentale à ce stade car il existe énormément de risques de discrimination en matière économique¹³⁰². Or, l'existence de discrimination dans la détermination des conditions d'accès à la commande publique entrave nécessairement la liberté des soumissionnaires potentiels. Certains, pouvant normalement exercer cette liberté, sont privés de le faire du fait de conditions discriminatoires sans lien avec l'objet du futur contrat. L'absence de discrimination participe donc de l'effectivité de la liberté d'accès. Ainsi, « *tous doivent avoir la liberté de concourir, et tous peuvent concourir également* »¹³⁰³.

C'est certainement du fait de son rôle initial dans le processus d'achat public que la liberté d'accès a besoin des deux autres principes pour être effective. La création d'un marché pertinent, au sens économique du terme, dans le but que tous puissent accéder au contrat passe forcément par l'accomplissement de mesures de publicité préalable et par le respect d'une égalité dans les conditions d'accès. Lors de ce premier temps, les trois principes de la commande publique sont donc susceptibles de produire des effets au travers du principe force de liberté d'accès. La transparence et l'égalité restent cependant des principes accessoires à la liberté d'accès.

II : La transparence, principe accessoire du principe de liberté d'accès.

Lors de ce premier temps de la commande publique, la transparence joue un rôle certain dans l'accès à l'information des soumissionnaires potentiels. Mais dans ce cadre, elle n'est qu'une obligation au service du principe force de liberté d'accès. Cela signifie que la transparence ne s'applique que si la liberté doit produire ses effets, et que l'intensité de la

¹³⁰⁰ D. LINOTTE, « Principe d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction de R. CRISTINI et J.-M. RAINAUD, Economica, 1987, p. 13.

¹³⁰¹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 675.

¹³⁰² J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Assoc. H. Capitant*, 1961-1962, p. 343.

¹³⁰³ D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 13.

transparence dépend de la dimension à donner à la liberté d'accès. Ce caractère accessoire de la transparence peut surprendre tant on lui prête le fondement de l'obligation de publicité préalable. Pourtant, c'est bien à la liberté d'accès qu'il faut rattacher une telle obligation, la transparence n'étant qu'un simple moyen de mise en œuvre.

Le caractère accessoire de la transparence lors de cette phase est évident et a déjà été souligné par la jurisprudence comme par le discours doctrinal. Laurent Battoue¹³⁰⁴ démontre que le principe présente un caractère subsidiaire par rapport aux autres principes, dans la mesure où il permet leur accomplissement. Dans une thèse récente, il a été démontré qu'« *au service d'une finalité immédiate, la transparence garantit l'accès à la commande publique* »¹³⁰⁵. Dans cette phase, la transparence n'est pas un principe mais une simple règle servant à garantir aux soumissionnaires potentiels la possibilité d'exercer leur liberté d'accéder à la procédure de mise en concurrence, en étant informés sur l'intention de l'autorité adjudicatrice de conclure le contrat. La transparence est ainsi déduite du principe de liberté d'accès¹³⁰⁶. Par conséquent, « *la transparence, en réalité, n'est pas un principe en elle-même, mais plutôt la somme de certains démembrements ou certaines fonctions du principe [général] d'égalité* »¹³⁰⁷. Il ne faut ainsi prêter aucune exigence découlant de la transparence lors de ce premier temps, car « *la transparence, notion sinon floue du moins sujette à interrogation, peut sans doute (...) prendre la forme d'une exigence de justification a posteriori, celle de la preuve que les entreprises susceptibles d'être intéressées par le marché ont été effectivement sollicitées* (nous soulignons) »¹³⁰⁸. La transparence peut être vue comme une preuve du respect du principe de liberté d'accès.

En jurisprudence, peu de décisions mettent en avant ce caractère accessoire de la transparence, car cette dernière est souvent mise sur un pied d'égalité avec les deux autres principes¹³⁰⁹. Cependant, deux décisions récentes font d'elle une simple règle qui découle des autres principes¹³¹⁰. Les contrats litigieux sont « *soumis aux principes de liberté d'accès à la*

¹³⁰⁴ L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 424 et s.

¹³⁰⁵ E. LEKKHOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013.

¹³⁰⁶ Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 73.

¹³⁰⁷ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

¹³⁰⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *RJEP*, mai 2010, p. 17.

¹³⁰⁹ Avec la formule « classique » qui sert de fondement à de nombreuses décisions : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures.

¹³¹⁰ CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *Rec.* p. 258 ; *AJDA* 2012. 1314 ; *ibid.* 2420, ét. M. Laazouzi ; *RDI* 2012. 560, obs. S. Braconnier ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, comm. F. Brenet ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N.

commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle (nous soulignons) »¹³¹¹. Cette distinction démontre qu'il convient de ne pas attribuer la même valeur à la liberté d'accès et à la transparence. Ces décisions concernent l'existence même d'une procédure de passation, et doivent donc être attachées au premier temps de la commande publique, donc à la liberté d'accès.

En droit de l'Union européenne, le caractère accessoire de la transparence lors de cette phase est également perceptible. La Cour de justice souligne à plusieurs reprises que la transparence est une simple obligation découlant des principes d'égalité de traitement¹³¹² et de non-discrimination¹³¹³. En effet, la transparence répond à des exigences « *qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise (...) puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession* »¹³¹⁴. Dès lors, la transparence a une fonction accessoire par rapport aux principes d'égalité de traitement et de non discrimination en ce sens que son respect permet de s'assurer que les deux autres obligations « principales » ont été respectées.¹³¹⁵ C'est le complément utile de la non-discrimination¹³¹⁶, un instrument juridique destiné à garantir son respect¹³¹⁷.

Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Piétri ; *JCP A.* 2012. 46, obs. F. Linditch – CAA Marseille, 3 février 2014, *Société la nouvelle charpente*, n° 11MA04603.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² En droit de l'union, l'égalité de traitement a une portée plus large que celle du principe en droit interne. V. à ce titre les développements de la précédente section.

¹³¹³ CJCE, 25 avril 1996, *Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, dit affaire des Bus Wallons, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-2043, concl. O. Lenz ; *RDI* 1996, p. 368, obs. F. Llorens et Ph Terneyre – CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, aff. C-275/98, *Rec.* p. I-8291 ; *BJCP* 1999, p. 63 – CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc. – CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec.* p. I-11617 ; *BJCP* 2002, p. 196, concl. S. Alber et obs. Ph. Terneyre ; *Dr. Adm.* 2003, comm. 34, note A. Ménéménis ; *CP-ACCP* n° 20, 2003, p. 63, comm. E. Fatôme et L. Richer ; *AJDA* 2003. 623, note T. Gliozzo ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 49 et 51, note G. Eckert ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. Ritleng – CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, pt 49, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

¹³¹⁴ CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7287, pt 21 ; *AJDA* 2005. 1541 ; *ibid.* 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 280, note W. Zimmer.

¹³¹⁵ P. MENGOZZI, concl. sur CJCE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807.

¹³¹⁶ M.-Y. BENJAMIN, note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98, *Dr. adm.* 2001, comm. 85.

¹³¹⁷ B. DACOSTA, concl. sur CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société KEOLIS*, *BJCP* 2009, n° 65, p. 270.

Du fait de ce rapport hiérarchique, il existe une obligation de transparence uniquement si la liberté d'accès doit être elle-même respectée en fonction de l'objet et du montant du contrat. En effet, la transparence n'a aucune raison valable d'être effective s'il ne doit pas y avoir d'ouverture à la concurrence sur le marché pertinent créé par le futur contrat. L'inverse n'est pas vrai, prouvant ainsi la prédominance de la liberté : pour les marchés passés sans publicité préalable, donc sans respect de l'obligation de transparence, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas systématiquement contracter avec le même prestataire, dans un souci de garantir l'accès du contrat aux autres entreprises susceptibles d'être intéressées¹³¹⁸. Le champ d'application de la transparence dépend également du périmètre des candidats potentiels dont la liberté d'accès doit être assurée. Plus ce périmètre est grand, plus le champ d'application de la transparence sera large. En effet, « *ce sont en somme les effets micro-économiques de la publicité, correspondant au nombre d'entreprises ciblées, que les acheteurs publics doivent être en mesure de mesurer lors du choix des supports de celle-là* »¹³¹⁹. L'effectivité de la transparence dépend donc de l'application du principe de liberté d'accès à la commande publique. Gregory Kalflèche¹³²⁰ insiste sur la sémantique du principe de transparence : ce dernier est dénommé très exactement « transparence des procédures ». Ainsi, la transparence des procédures présuppose qu'il existe des procédures. Or, l'existence d'une procédure de passation est liée au principe de liberté d'accès¹³²¹. Par conséquent, la transparence n'est applicable que dans les limites posées par le principe de liberté d'accès qui justifie l'existence de ces procédures de mise en concurrence. Cette analyse corrobore l'existence du caractère accessoire du principe de transparence des procédures au principe de liberté d'accès à la commande publique. Ce caractère est également applicable au principe d'égalité.

¹³¹⁸ Art. 28-III du Code des marchés publics : « *le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* ».

¹³¹⁹ A. CLAEYS, « Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public », note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, RDP 2006, n° 4, p. 1080.

¹³²⁰ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 732.

¹³²¹ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

III : L'égalité de traitement, principe accessoire du principe de liberté d'accès.

L'égalité de traitement, comme la transparence, peut être présentée comme un principe transversal du droit des contrats de la commande publique. En terme de concurrence, la liberté n'a pas l'apanage, puisque le principe constitutionnel d'égalité s'applique également en matière économique aux entreprises¹³²². Sans remettre en cause son caractère fondamental certain, il est possible d'affirmer que ce principe reste un principe déclinant de la liberté d'accès lors du premiers temps. Le caractère déclinant de l'égalité de traitement est plus difficile à démontrer et n'a jamais été souligné en doctrine ou en jurisprudence. Seule l'existence d'une relation certaine entre eux a explicitement été remarquée : « *le premier phénomène frappant est celui de l'interdépendance entre la liberté d'accès et l'égalité des concurrents* »¹³²³. Tout au plus qualifie-t-on l'égalité de corollaire au principe de liberté d'accès¹³²⁴.

Pourtant, il est possible d'affirmer que l'égalité, dans cette phase, sert la liberté d'accès et non l'inverse, faisant d'elle un principe accessoire à la liberté. En effet, la liberté d'accès ne sert pas systématiquement l'égalité de traitement, puisque le fait de pouvoir librement accéder à la procédure de passation ne garantit pas l'existence d'une égalité dans le traitement des candidatures et des offres et, de manière générale, dans la mise en œuvre de la procédure. Tout au plus est-il possible de constater que la publicité, qui découle de la liberté, permet une information égale des candidats. En revanche, une égalité dans le choix des conditions d'accès à la procédure assure aux candidats potentiels l'exercice de leur libre accès à la mise en concurrence. Par exemple, si l'autorité adjudicatrice prévoit des critères de sélection discriminatoires ou non justifiés par l'objet du contrat, elle empêche les candidats concernés d'exercer à bon escient leur liberté d'accès. Certains, de manière injustifiée, ne seront plus libres de candidater. Ces critères ne doivent pas, par leur caractère potentiellement discriminatoire, venir « *entraver par des prescriptions* »¹³²⁵ l'accès des soumissionnaires en limitant la compétition entre les entreprises, en favorisant certains et en décourageant

¹³²² CC, décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *lois de nationalisation*, Rec. p. 299 – CC, décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48.

¹³²³ M. GUIBAL, « Egalité et conclusion des marchés publics », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot, L'interventionnisme économique de la puissance publique*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, pp. 355-356.

¹³²⁴ A. CLAEYS, art. préc., p. 1080.

¹³²⁵ Pour reprendre l'expression du professeur P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n° 92, p. 115.

d'autres. Ainsi, la liberté d'accès « *n'a de sens que si elle s'effectue dans des conditions d'égalité. En effet, une discrimination entre opérateur économique conduirait à privilégier l'accès à l'activité économique pour certains d'entre eux. Il en résulterait une atteinte à leur liberté économique avec ses conséquences sur le fonctionnement concurrentiel du marché* »¹³²⁶. Au vu des développements précédents, le constat pourrait être celui d'une corrélation entre ces deux principes, plus qu'une relation hiérarchique. Cela n'est pas le cas, puisque l'idée force de ce premier temps reste l'accès des entreprises éventuelles à la mise en concurrence. L'objectif est « *que tous les entrepreneurs ou fournisseurs appartenant à la profession dont relève le marché soumis à une adjudication [soient] admis à participer à celle-ci en déposant des soumissions* »¹³²⁷. L'égalité est au service de cet objectif, donc de la réalisation du principe de liberté d'accès. Au contentieux, l'égalité ne doit intervenir qu'en cas de discrimination ; la liberté d'accès intervient pour tous les éléments liés au premier temps de la commande publique.

L'égalité décline ainsi une idée force, prégnante lors de ce premier temps, celle de libre accès à la commande publique, et ne déploie pas ses effets de manière autonome. En effet, « *la règle d'égalité ne déploie normalement ses effets qu'entre les candidats ayant au moins eu connaissance de l'intention de la personne publique de conclure un marché déterminé* »¹³²⁸, c'est-à-dire une fois que la liberté d'accès a épuisé ses effets. L'idée directrice de ce premier temps de la commande publique reste l'accès à la procédure de passation. Cette conception des principes permet de ne pas adopter une lecture trop extensive de l'égalité de traitement, cette dernière déployant véritablement tous ses effets lors du deuxième temps de la commande publique.

¹³²⁶ L. BATTOUE, *op. cit.*, p. 341.

¹³²⁷ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 597.

¹³²⁸ A. CLAEYS, art. préc., p. 1080.

B : L'articulation lors du deuxième temps de la commande publique : une articulation parallèle des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

La liberté d'accès ne trouve pas à s'appliquer lors de cette phase de la procédure, puisqu'elle a épuisé tous ses effets en assurant un accès à la mise en concurrence à l'ensemble des soumissionnaires potentiels susceptibles d'être intéressés par l'obtention du contrat. Ainsi, l'articulation hiérarchique a disparu et la liberté est exclue de la relation qu'entretiennent les principes. Elle est susceptible d'être invoquée uniquement si un fait de ce deuxième temps remet rétroactivement en question l'objectif d'accès qu'elle a préalablement assuré¹³²⁹.

Deux objectifs parallèles cohabitent lors de ce deuxième temps de la commande publique : d'une part, celui d'un traitement égal des candidats lors de la mise en concurrence, d'autre part, celui d'intelligibilité des procédures. « Parallèles » signifie que ces objectifs, tout en se développant dans la même direction, celle d'une efficacité de la commande publique et d'une bonne utilisation des deniers publics, ne se confondent pas. En effet, l'égalité de traitement ne poursuit pas un but d'intelligibilité des procédures, et l'intelligibilité de la procédure n'est pas liée à l'égalité de traitement. Le contenu de l'offre ne dépend pas de la manière dont le pouvoir adjudicateur traite l'ensemble des candidats, mais de la substance des informations que ce dernier leur transmet ; le contenu des informations relatives à la qualité de l'offre n'influence pas le traitement égal des candidats. Tout au plus, un point de convergence peut résider dans l'inégalité de la transmission des informations relatives au contrat. Mais dans ce cas, c'est une logique de traitement des candidats qui entre en jeu, non une logique d'intelligibilité. Si une inégalité entraîne un avantage significatif pour un candidat, et que cela a pour conséquence de rendre les offres des autres candidats « *hors concours* », il s'agit bien d'une entrave à l'égalité de traitement lors de la mise en concurrence.

Ce parallélisme des objectifs engendre un parallélisme de leurs principes directeurs : l'égalité de traitement et la transparence des procédures, principes forces de ce deuxième temps de la commande publique, marchent main dans la même direction sans se croiser. Il n'existe pas de rapport hiérarchique entre eux, et aucun n'influence l'application de l'autre. Il s'agit donc d'une articulation parallèle entre les deux principes. Ainsi, les auteurs qui prétendent que le principe de transparence découle du principe d'égalité de traitement ont une vision erronée de

¹³²⁹ Cf. *Supra*.

leur articulation lors de ce deuxième temps¹³³⁰. Le pouvoir adjudicateur peut traiter les candidats de manière égale sans respecter le principe de transparence en ne les informant pas suffisamment du contenu de l'offre ; il peut être transparent en assurant cette information sans respecter l'égalité de traitement. Cette dernière affirmation peut expliquer pourquoi le droit pénal, à travers le délit de favoritisme, n'accorde aucune importance au principe de transparence des procédures. En effet, ce délit est constitué lorsqu'une des personnes visées par le Code pénal procure ou tente de procurer à autrui « *un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* »¹³³¹. Le fait que la transparence ne soit pas visée par cet article démontre que l'objectif d'intelligibilité des procédures assuré par cette dernière n'a pas de rapport avec le traitement égal des candidats.

Ainsi, les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures entretiennent une relation parallèle au sein de ce deuxième temps de la commande publique. Lors du troisième temps, la transparence s'applique de manière exclusive, les deux autres principes étant absents de cette phase de la procédure.

***C : L'absence d'articulation lors du troisième temps de la commande publique :
l'exclusivité du principe de transparence.***

Lors du troisième temps de la commande publique, seul le principe de transparence est effectif. Les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ont épuisé tous leurs effets, et ne s'appliquent pas à cette phase de la procédure. L'objectif d'accessibilité à l'information et sa relation avec les recours contentieux ouverts

¹³³⁰ F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publ.* 2004, chron. 1 : « on peut, en effet, légitimement se demander s'il jouit d'une réalité propre ou s'il ne constitue au contraire qu'un prolongement d'autres principes et notamment de celui de non-discrimination ou d'égalité de traitement, voire même qu'une simple formule particulière destinée à désigner certaines de leurs implications ». V. également J.-B. VILA, comm. sous CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *JCP ACT* 2010, n° 39, p. 2293 : « la méconnaissance du principe de transparence est constitutive d'une atteinte au principe d'égalité de traitement » – Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 73. De nombreux articles affirment, de manière générale, que le principe de transparence découle des principes de liberté d'accès et de transparence des procédures. La première affirmation est juste, la deuxième, pour le deuxième temps de la commande publique, est erronée.

¹³³¹ Art. 432-14 du Code pénal.

aux tiers comme aux concurrents évincés n'ont pas de rapport avec l'accès à la mise en concurrence et l'égalité de traitement entre les candidats. Ainsi, il paraît évident que la transparence, « *principe preuve* », s'applique de manière exclusive à ce temps de la commande publique. Elle sert justement à prouver le respect des deux autres principes aux phases préalables de la procédure de passation. Ainsi, il n'existe pas d'articulation entre les principes de la commande publique à la fin de la procédure.

Après avoir exposé l'articulation des principes dans chaque temps de la commande publique, il convient d'étudier l'articulation des principes dans le temps.

Paragraphe 2 : L'articulation des fonctions propres des principes de la commande publique dans le temps.

La logique d'articulation des principes dans le temps diffère de celle étudiée dans chaque temps. Il ne s'agit plus d'exposer la manière dont les principes s'articulent dans une phase déterminée, mais d'expliquer comment chaque principe est susceptible de produire des effets au delà de son temps de rattachement, sur tout le processus d'achat contractuel. L'étude de cette articulation est foncièrement liée au caractère processuel et chronologique des procédures de passation. La question se pose de savoir ce qu'il se passe lorsque, dans des temps ultérieurs, est remis en cause de manière rétroactive un principe qui a épuisé ses effets.

La distinction chronologique des temps de la commande publique établit entre eux un rapport de subordination, car les temps ultérieurs ne peuvent revenir sur ce qui a été accompli lors des temps antérieurs. Il s'agit en quelque sorte d'une idée semblable à une pyramide de Kelsen¹³³² à l'horizontal¹³³³. Les acteurs de la commande publique doivent veiller à prendre en compte les acquis du principe précédant la phase dans laquelle ils se trouvent. Ainsi, les principes sont susceptibles d'être invoqués rétroactivement pendant toute la phase du processus d'achat, lorsque survient un acte ou un comportement qui leur porte atteinte (A). Cette logique est

¹³³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, 2^{ème} éd., Bruylant-LGDJ., Coll., La pensée juridique, 1999, sp. n° 35, p. 224.

¹³³³ O. PENIN, *op. cit.*, p. 13. L'auteur compare la distinction et la hiérarchisation des sources du droit à travers la métaphore de la pyramide de Kelsen à la subordination de la période d'exécution du contrat à la période de formation.

transposable à la phase d'exécution des contrats (**B**), avec une prédominance de la liberté d'accès : l'exécution ne doit pas remettre en cause les acquis de la procédure de passation et de la mise en concurrence initiale¹³³⁴. L'étude de cette articulation temporelle des principes dans le temps, tributaire du caractère processuel de l'achat public, nécessite ainsi l'effort intellectuel de « *revenir dans le temps* »¹³³⁵.

A : L'articulation des fonctions propres des principes en passation.

Les principes de la commande publique peuvent être sollicités rétroactivement lors du processus d'achat public, en dehors de leur temps d'application respectif. C'est le cas lorsque pendant un temps de la commande publique, sont remis en cause les acquis de la période précédente. Ce mécanisme de rétroactivité doit être analysé sous l'angle du régime des modifications précontractuelles, puisque ce n'est qu'en cas de rectification lors du processus d'achat que peuvent être reconsidérées les modalités découlant des principes antérieurs (**I**). Cette articulation des principes dans le temps prend tous son sens lorsqu'est étudié le régime des modifications précontractuelles substantielles, qui reviennent sur les conditions initiales de la mise en concurrence (**II**). L'articulation des principes de la commande publique dans le temps est donc directement en lien avec l'existence des temps de la commande publique dégagés lors du chapitre précédent.

I : Présentation du mécanisme de rétroactivité des principes de la commande publique en passation.

La procédure de passation des contrats de la commande publique est divisée en trois périodes distinctes, qui se succèdent dans un ordre chronologique précis : le temps de l'accès à la procédure, le temps de la mise en concurrence effective, le temps de la finalisation de la procédure. Bien que distinctes, ces périodes sont rassemblées dans un processus d'achat

¹³³⁴ E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

¹³³⁵ Expression empruntée à R. Noguellou lorsqu'elle évoque le régime des modifications contractuelles : R. NOGUELLOU, Les nouvelles directives et l'exécution du contrat, *AJDA* 2014, p. 855.

commun. Par conséquent, elles entretiennent nécessairement des relations entre elles. La nature de ces relations est imprégnée d'une logique de subordination : du fait du caractère processuel de la passation, les temps ultérieurs ne peuvent reconsidérer les acquis des temps antérieurs, sauf à remettre en cause le déroulement de la procédure. Cette logique s'analyse au travers du régime des modifications précontractuelles, c'est-à-dire des modifications opérées avant la signature du contrat, pendant la procédure de passation. En fonction du moment où elles interviennent, elles ne peuvent remettre en cause les acquis des étapes précédentes, sauf à reprendre ou recommencer la procédure. Ainsi, les modifications opérées lors des deuxième et troisième temps ne peuvent revenir sur les modalités opérées lors du premier temps. Cette articulation des temps lors du processus d'achat conditionne l'articulation temporelle des principes de la commande publique. La liberté d'accès, principe initial prédominant lors de la première phase du processus d'achat, est susceptible d'être remise en cause par des modifications opérées lors des temps ultérieurs. Le régime des modifications précontractuelles doit donc être analysé sous l'angle du principe de liberté d'accès, dont il est possible de faire appel rétroactivement. Il en est de même pour l'égalité de traitement.

Le premier temps de la commande publique est consacré à la définition des caractéristiques du futur contrat, au moyen de la détermination des besoins de l'autorité adjudicatrice ainsi que des modalités de la future mise en concurrence. Ce premier temps prend fin lors de l'accomplissement de la publicité initiale. Il peut arriver, lors du deuxième temps, qu'interviennent des modifications soit de l'objet du futur contrat, soit des conditions de consultation. Ces modifications peuvent s'effectuer au moyen d'un nouvel avis d'appel public à la concurrence ou au moyen des documents de consultation, qui sont communiqués aux candidats qui désirent soumissionner. Les documents de consultation sont constitués de l'ensemble des documents et informations préparés par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du contrat¹³³⁶. Ils ont aussi pour objet d'indiquer aux entreprises candidates le déroulement de la procédure de passation ainsi que les spécificités propres à chaque procédure. Par exemple, en cas de dialogue compétitif, sont définies les modalités d'organisation des phases successives de la discussion. Ces documents sont nécessaires à la consultation des candidats et leurs sont remis par la personne publique. Ayant un rôle d'organisation de la procédure de passation, une modification de ces derniers entraîne une modification de la procédure de passation elle-même. Les modifications peuvent

¹³³⁶ Art. 41 du Code des marchés publics – B. ROMAN-SEQUENSE, « Modalités pratiques de mise à disposition du dossier de consultation des entreprises », *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 175.

également s'opérer à travers les offres des candidats, qui peuvent faire l'objet d'une évolution à la suite d'une négociation ou d'un dialogue avec la personne responsable de l'achat, sauf si s'applique le principe d'intangibilité des offres¹³³⁷.

Le principe de liberté d'accès exerce une influence indirecte sur les temps ultérieurs au sien, dans la mesure où toute modification qui remet rétroactivement en cause les acquis du premier temps de la commande publique est à analyser sous l'angle de la liberté. Si l'illégalité de la procédure ne peut être réparée, au moyen par exemple d'un avis d'appel public à la concurrence rectificatif, la procédure de passation est susceptible d'être annulée par le juge¹³³⁸. Cette logique est transposable au principe d'égalité de traitement des candidats s'agissant des modifications intervenant lors du troisième temps de la commande publique, qui portent rétroactivement atteinte à ce principe d'égalité. Par conséquent, même si les principes ont épuisé leurs effets lors d'un temps donné, ils exercent une influence indirecte sur les temps ultérieurs en encadrant ou en prohibant les actes ou les comportements susceptibles de leur porter atteinte de manière rétroactive.

Il convient d'évacuer la question des modifications intervenant avant l'envoi de la publicité initiale, c'est-à-dire pendant le premier temps de la commande publique. Ces dernières ne soulèvent pas de difficultés particulières car dans une telle hypothèse, la personne publique est libre de modifier le contenu et l'objet du marché, ainsi que les conditions de consultation, dans la mesure où elle n'est pas encore tenue par la détermination des besoins préalables. La publicité n'étant pas encore lancée, elle a toute la liberté de modifier les éléments substantiels de la procédure et du contrat. Elle doit toutefois le faire dans le respect du principe d'indisponibilité des compétences, et doit être habilitée à engager la procédure du nouveau contrat, si les modifications sont telles qu'il est possible de considérer qu'un nouveau contrat existe. En cas de modifications substantielles, elle devra également veiller à réviser les conditions de la concurrence qui sont subordonnées à l'objet et au montant du contrat – par

¹³³⁷ C'est le cas des procédures d'appel d'offre formalisées du code des marchés publics (art. 59 et 64 du Code des marchés publics) – CE, 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, n° 52304, *Rec.* p. 200 – CAA Nantes, 26 juin 2003, *SDIS Calvados*, n° 02NT00006 – CE, 20 janvier 2014, *Communauté urbaine de Bordeaux (Aquitanis)*, n° 373157 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 82, note M. Ubaud-Bergeron – CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n° 373718. V. B. ROMAN-SÉQUENSE, « Définition de l'offre finale dans le cadre des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint », *Contrats et Marchés publ.* 2009, comm. 251 – W. ZIMMER, « Intangibilité des offres et demande de précisions par le pouvoir adjudicateur avant l'attribution du marché », note sous CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. et a.*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 179 – S. FRANCOIS, « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 7.

¹³³⁸ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

exemple, si une modification du prix intervient et que, de ce fait, le montant prévisionnel du contrat atteint les seuils d'application des directives, la personne publique devra en tirer les conséquences sur le déroulement de la procédure – et ce afin de respecter le principe de liberté d'accès. La question des modifications mineures, de détails, ne nécessite également pas de développements importants. Dans la mesure où, par leur dimension minime, elles ne remettent pas en cause de manière rétroactive l'un des principes forts d'un temps antérieur, elles ne présentent pas de difficultés particulières.

Le régime des modifications est plus problématique lorsque, par leur importance, elles remettent rétroactivement en cause un des principes prédominant d'un temps antérieur. C'est à travers l'étude de ce régime qu'il est possible de mettre en exergue le mécanisme d'articulation des principes de la commande publique dans le temps.

II : Le régime du mécanisme de rétroactivité des principes de la commande publique en passation.

C'est lorsqu'intervient une modification substantielle en cours de procédure que l'un des principes de la commande publique peut rétroactivement être remis en cause. Une rectification revêt un caractère substantiel si elle influence le comportement des entreprises, soit concernant leur décision d'être ou non candidate, soit concernant les termes de leur offre¹³³⁹. Elle a pour effet de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. *A contrario*, la rectification ne revêt pas un caractère substantiel si elle n'a pas pu influencer le comportement des entreprises soit concernant leur décision d'être candidate, soit concernant les termes de leur offre¹³⁴⁰. Une modification substantielle doit donc être considérée comme une nouvelle définition de l'objet du contrat ou des caractéristiques de la procédure de passation, et implique ainsi de recommencer la procédure¹³⁴¹.

¹³³⁹ W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

¹³⁴⁰ *Idem.*

¹³⁴¹ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, préc. – CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*, préc. – CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159 ; *BJCP* n° 95, p. 292, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert.

C'est ce caractère substantiel qui remet en cause les conditions initiales de mise en concurrence, et donc les acquis des principes de la commande publique. En effet, « *c'est qu'une modification importante (...) est en délicatesse au regard de l'égalité entre l'ensemble des candidats potentiels. En effet, certains d'entre eux, qui se sont abstenus de soumissionner en raison des caractéristiques initiales du contrat, pourraient être plus intéressés par ses caractéristiques modifiées* »¹³⁴². Lorsqu'une telle rectification intervient pendant le deuxième temps de la commande publique, elle reconsidère indéniablement les exigences qui découlent de la liberté d'accès à la commande publique. Les modifications de la détermination des besoins et des conditions de consultation qui y sont subordonnées, qui ont été déterminées au travers du principe de liberté d'accès, remettent rétroactivement en cause ce principe. Le régime de ces modifications précontractuelles est donc tributaire du principe de liberté d'accès. Il en conditionne la légalité, et c'est à travers lui que peut être décidé si la rectification revêt ou non un caractère substantiel.

De telles modifications sont autorisées si la personne responsable de l'achat peut « rectifier » l'atteinte portée à la liberté d'accès, c'est-à-dire avant la date de réception des candidatures. Dans ce cas, elle dispose d'un moyen de faire connaître à l'ensemble des opérateurs intéressés la survenance d'une modification substantielle : la publicité. Par conséquent, elle peut modifier l'objet du contrat¹³⁴³ comme les conditions de la consultation¹³⁴⁴, à condition de procéder à l'envoi d'un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que l'avis initial, et de respecter un nouveau délai de remise des offres équivalent à celui qui avait été initialement décidé¹³⁴⁵. Dans les faits, c'est donc une nouvelle procédure qui commence. Dans ce cas, la liberté d'accès est rétroactivement sollicitée afin de légaliser la rectification opérée.

La problématique diffère lorsque les modifications interviennent après la date de réception des candidatures. Dans ce cas, la personne responsable de l'achat ne dispose plus d'un moyen lui permettant de faire connaître la rectification à l'ensemble des candidats susceptibles d'être

¹³⁴² P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 240.

¹³⁴³ V., par exemple, CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, préc. – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n°287955.

¹³⁴⁴ V., par exemple, CE, 18 décembre 2002, *Ville de Paris*, n°241887 – CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec. p.* 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

¹³⁴⁵ Ce sont les conditions qui ressortent de la jurisprudence précitée. Voir également TA Nice, ord., 27 septembre 2007, *Société GTS c/ SIVOM Villefranche-sur-Mer* – CAA Marseille, 16 octobre 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131 – G. PELLISSIER, « Modification du dossier de consultation et principe d'égalité », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes, Collectivités territoriales Intercommunalité* 2004, comm. 85 – F. LINDITCH, « À propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », *JCP CT*, n°14, 2004, p.458.

intéressés par le contrat. Elle ne peut le faire connaître qu'aux candidats ayant effectivement soumissionné à la passation. La date de dépôt des candidatures est en effet une date butoir qui clos la possibilité pour un opérateur économique de se porter candidat à l'attribution du contrat. La personne publique est ainsi contrainte, après cette date, de continuer la consultation qu'avec les seules entreprises ayant effectivement candidaté. Les candidats potentiels éventuellement intéressés par le nouveau contrat suite à la modification ne disposent d'aucune possibilité de candidater. Dès lors, l'administration ne dispose pas d'un moyen de rectifier l'atteinte portée à la liberté d'accès à la commande publique. Ces considérations expliquent pourquoi toute modification substantielle est interdite après la date de réception des candidatures : seules de légères adaptations, compléments ou précisions, qui ne reviennent pas sur les conditions initiales de mise en concurrence, sont autorisées¹³⁴⁶. La mise en point en appel d'offre, qui s'effectue après le choix du cocontractant, ne doit pas s'apparenter à une quelconque modification¹³⁴⁷. Dans ces cas, la liberté d'accès est rétroactivement sollicitée afin de sanctionner la modification opérée.

La même logique devrait être transposée pour les modifications opérées lors du troisième temps de la commande publique : ces dernières ne doivent pas remettre en cause les exigences acquises par les principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique. Toutefois, la survenance de telles modifications est rare. La finalisation de la procédure n'est pas propice à l'apparition de rectifications, qui s'effectuent de manière générale pendant la phase d'exécution du contrat.

Ainsi, les principes de la commande publique disposent d'une articulation particulière dans le temps : en plus d'une application concrète dans leur temps respectif, ils sont susceptibles d'être rétroactivement sollicités lorsqu'une modification vient reconsidérer leurs acquis. La liberté d'accès légalise les modifications apportées avant la date de réception des candidatures ; elle sanctionne les modifications ultérieures à cette date. L'égalité de traitement sanctionne les rectifications du troisième temps qui la remette en cause. Cette logique est

¹³⁴⁶ CE, 15 janvier 1986, *Société de l'habitat moderne*, n°37321 – CE, 26 octobre 1994, *SIVOM de Carry-le-Rouet*, n°110959 – CJCE, 12 septembre 1995, *Commission contre Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-02043 – CE, 4 avril 1997, *Commune Île d'Yeu*, n°147947 – CE, 23 novembre 2005, *Société Axialogic*, n°267494 – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, préc. V. également C. EMERY, « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP G*, n°11, Mars 1999, I. 119.

¹³⁴⁷ CE, 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, n°41778, *Rec.* p. 608 – CE, 8 mars 1996, *Pelte*, n°133198 – F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », comm. sous TA Nice, 24 mars 2006, *Société Degremont*, *AJDA* 2006 p. 1277.

transposable aux modifications opérées pendant la période d'exécution du contrat : elles ne peuvent remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

B : L'articulation des fonctions propres des principes de la commande publique en exécution.

L'exécution a jusqu'alors été évincée de l'étude. Il convenait en effet de conceptualiser d'abord le temps de la passation, phase pendant laquelle les principes de la commande publique s'appliquent directement. Lors de l'exécution, ils ont épuisé leurs effets et n'ont *a priori* pas vocation à intervenir. Ce n'est que s'il existe un changement qui remet en cause la mise en concurrence initiale qu'il convient de faire appel aux principes de la commande publique. En effet, le temps de l'exécution est sous l'influence directe du temps de la formation du contrat, puisqu'en « *distinguant la formation de l'exécution, notre technique subordonne la seconde à la première. De la sorte, la réalisation du devoir juridique ne peut modifier ou corriger ce qui a été formé. L'exécution est nécessairement fidèle. La distinction de ces deux phases établit donc entre elles un rapport hiérarchique qui préside à la réalisation du contrat puisque ce dernier aspire à l'accomplissement de ce qui a été convenu* »¹³⁴⁸. Par conséquent, une modification lors de l'exécution du contrat peut influencer les acquis de la passation et remettre en cause les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables (I). Dans une nécessité de ne pas remettre en cause les effets des principes de la commande publique, il convient donc d'analyser ces modifications à la lumière de leurs objectifs. Cette analyse démontre que c'est la liberté d'accès qui joue un rôle prédominant dans les modifications contractuelles qui, si elles s'apparentent à un nouveau contrat, sont illégales (II).

I : L'impact de la modification du contrat sur le temps de la passation.

Il existe deux types de modifications pouvant intervenir lors de la période d'exécution : les modifications unilatérales initiées par l'autorité adjudicatrice, et les modifications conventionnelles communément désignées comme « avenant ». Il s'agit ici de

¹³⁴⁸ O. PENIN, *op. cit.*, p. 13.

mettre en lumière la nature de leur illégalité, qui est en lien direct avec le temps de la passation du contrat. En effet, les modifications intervenant lors de l'exécution ne peuvent remettre en cause *a posteriori* les conditions de la mise en concurrence ayant abouti à la conclusion du contrat. Le point cardinal réside par conséquent dans la relation entretenue entre ces modifications et le contrat initial issu de la passation¹³⁴⁹. Ainsi, les principes, acteurs de la mise en concurrence initiale, ont une influence indirecte sur la période d'exécution qui ne peut remettre en cause les conditions de cette mise en concurrence.

Pour les contrats soumis à une procédure de passation, une adaptation en cours d'exécution est illégale si elle n'est pas prévue lors de la passation¹³⁵⁰ et si elle entraîne soit une modification substantielle des éléments essentiels du contrat initial¹³⁵¹, soit un bouleversement de l'économie du contrat ou un changement de son objet¹³⁵². Dans ces cas, la modification doit s'analyser comme un nouveau contrat nécessitant une nouvelle mise en concurrence. Cette réglementation des modifications est due aux implications des principes de la commande publique : ces derniers ne seraient pas effectifs si les parties pouvaient librement changer le contenu du contrat qui a fait l'objet de la mise en concurrence initiale. Ainsi, « *le principe d'une telle limitation se comprend aisément. L'existence d'une obligation pour l'administration de ne conclure certains contrats qu'après appel à la concurrence implique en effet que, une fois ces contrats conclus, les parties ne puissent pas les modifier dans des conditions telles que le jeu de la concurrence s'en trouve faussé. Ce qui serait le cas si, après la conclusion de ces contrats, les parties étaient en droit de les modifier de telle manière que le contrat effectivement exécuté n'ait plus grand-chose à voir avec le contrat conclu au terme de la procédure de mise en concurrence* »¹³⁵³. Les changements contractuels ne doivent pas

¹³⁴⁹ C. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDP* 2009, n° 5, p. 1360.

¹³⁵⁰ Commission européenne, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004), pt. 49 – CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc. Toutefois, comme le souligne E. MULLER, cette hypothèse de prévision est rare, voir impossible : E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, p. 638.

¹³⁵¹ Pour les délégations de service public : CE, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, avis n° 371.234, *EDCE* 2005, p. 197 ; *BJCP* 2006, 107, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *AJDA* 2006, 1371, ét. N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats et marchés publ.* 2006, n° 12, ét. 19, H. Hoepffner – CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n° 06PA02278 ; *AJDA* 2007, 1524, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 194, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007, 1524, note A. Tassone – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *Rec.* p. I-2815 ; *AJDA* 2010, 760 ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2010, 385, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011, 98, note H. Hoepffner ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 222, note W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 208, obs. D. Simon ; *RTD eur.* 2011, 429, obs. A. Lawrence Durviaux ; *BJCP* 2010, p. 259, obs. Ch. M.

¹³⁵² Pour les marchés publics : art. 20 du Code des marchés publics – CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc.

¹³⁵³ E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

aboutir à une modification substantielle du contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue¹³⁵⁴. Cette logique a pour objectif de préserver l'attribution concurrentielle des contrats pour l'avenir¹³⁵⁵. Ainsi, en cas de nouveau contrat, une nouvelle mise en concurrence s'impose. Ces règles régissent la modification en cours d'exécution de tous les contrats de la commande publique¹³⁵⁶ soumis aux principes et à des mesures de publicité et de mise en concurrence¹³⁵⁷.

Par conséquent, l'exécution des contrats de la commande publique dans le temps est en lien direct avec l'existence des principes de la commande publique, dont l'application s'étend manifestement de la période de passation à la période d'exécution¹³⁵⁸. Ce lien étroit unit les règles de passation aux règles d'exécution et s'explique par la volonté d'imposer les principes pendant toute la durée du contrat et pas seulement pendant la passation. Il convient de se demander si ce lien concerne l'ensemble du processus d'achat public ou s'il doit être axé sur un temps spécifique de la commande publique. Pour le dire autrement, la question est de savoir quels sont les principes qui doivent constituer le fondement du régime des modifications unilatérales ou contractuelles. Un avenant illégal, s'apparentant à un nouveau contrat, doit être analysé à l'aune du premier temps de la commande publique, donc à l'aune de la liberté d'accès à la commande publique.

¹³⁵⁴ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, préc.

¹³⁵⁵ E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, p. 589.

¹³⁵⁶ J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 825. Sont visés notamment tous les procédés de partenariat public-privé – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009, p. 254.

¹³⁵⁷ Commission européenne, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004), 237 final.

¹³⁵⁸ C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, RFDA 1998, p. 421.

II : L'influence rétroactive de la liberté d'accès sur le régime des modifications pendant l'exécution.

Pour déterminer quel(s) principe(s) doit(s) s'appliquer lorsque survient une modification du contrat en cours d'exécution, il convient, au préalable, d'analyser la nature d'une telle modification lorsqu'elle est illégale.

Une modification est illégale lorsqu'elle entraîne une modification substantielle du contrat ou un bouleversement de son économie générale. Dans ce cas, l'avenant ou la modification s'apparente à un nouveau contrat¹³⁵⁹. Le caractère nouveau du contrat, dans cette hypothèse, est évident. La Commission européenne a explicitement affirmé qu'une « *modification substantielle doit être assimilée à un nouveau contrat* »¹³⁶⁰. Elle réitère ses propos au sujet des contrats de partenariat public-privé¹³⁶¹. Les instances européennes se sont récemment emparées du régime des modifications contractuelles, jusque là ignoré des directives : les nouvelles directives de 2014 sur les concessions et les marchés publics encadrent en effet les différentes possibilités de modification du contrat en cours d'exécution¹³⁶². Reprenant la jurisprudence de la Cour de justice, les directives interdisent explicitement les avenants entraînant une modification substantielle du contrat.

C'est ce caractère de « nouveau contrat » de la modification contractuelle qui justifie qu'il soit rétroactivement fait référence au temps de la passation. Ce nouveau contrat doit en effet « *être soumis aux obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence qu'imposent le droit communautaire et le droit interne* »¹³⁶³. Cela explique que « *les modifications non substantielles - qui, par définition, ne donnent pas naissance à un nouveau contrat - ne sont soumises à aucune obligation procédurale* »¹³⁶⁴. La démarche est logique : si la modification

¹³⁵⁹ CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, n° 03VE04736 ; *Dr. adm* 2005, comm. 101, note A. Ménéménis : « *lorsqu'un avenant bouleverse l'économie d'une convention de délégation, il constitue, de ce fait, un nouveau contrat* ».

¹³⁶⁰ Commission Européenne, communication interprétative du 29 avril 2000 relative aux concessions, *JOCE* 2000/C, 121/02, 29 avr. 2000. V. les commentaires : J. Arnould, *RFDA* 2000, 1015 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *RDI* 2000, 555 ; A. Mattera, *RDUE* n° 2000, p. 253 ; Ch. Maugué, R. Schwartz et Ph. Terneyre, *BJCP* 2000, p. 286.

¹³⁶¹ Livre Vert consacré aux partenariats public-privé du 30 avr. 2004, *COM* 2004/0327. V. le commentaire de A. Cabanes, « Livre vert sur les partenariats publics-privés : une « couche » supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *CP-ACCP* 2004, n° 34, p. 70.

¹³⁶² Art. 72 de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 43 de la Directive 2014/23/UE préc.

¹³⁶³ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98.

¹³⁶⁴ R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution du contrat », *AJDA* 2014, p. 853.

est telle qu'elle s'apparente à un nouveau contrat, différent de celui qui est modifié, il convient de le soumettre à une nouvelle mise en concurrence.

Le caractère « nouveau » de la modification doit être analysé à l'aune de la liberté d'accès à la commande publique. En effet, c'est lors du premier temps de la commande publique que sont définies les différentes caractéristiques du futur contrat. C'est sur la base de ces caractéristiques qu'il convient de comparer la substance des modifications apportées en cours de l'exécution, pour déterminer si elles s'apparentent à un nouveau contrat. Et c'est à l'aune de ces caractéristiques que sont déterminées les futures modalités de passations du contrat, qui sont le choix de la procédure, de la publicité et des critères de sélection des candidatures. C'est donc la liberté d'accès qui est rétroactivement remise en cause lorsqu'intervient une modification substantielle. Si la personne responsable de l'achat avait procédé à une détermination des besoins similaires à la modification opérée, elle aurait assurément procédé à une mise en concurrence différente, débouchant sur le choix d'un cocontractant autre que celui initialement retenu. Un avenant ne doit pas fausser le jeu de la concurrence¹³⁶⁵. Or, c'est la liberté d'accès à la commande publique qui délimite les caractéristiques de cette concurrence. Il faut donc rétroactivement revenir sur le premier temps de la commande publique, et solliciter la liberté d'accès. Cette démarche est logique : un nouveau contrat nécessite une nouvelle procédure de passation, et enclenche donc le processus d'achat public qui débute sur le premier temps de la commande publique.

Certains auteurs justifient le régime d'encadrement des modifications contractuelles par les principes d'égalité de traitement et de transparence. C'est le cas de Rozen Noguellou, lorsqu'elle évoque le contenu des nouvelles directives. Pour l'auteur, *« il s'agit de garantir l'égalité de traitement entre entreprises dans le cadre d'un secteur économique spécifique, l'achat public, et il ne faudrait pas qu'une modification du contrat permette de contourner le principe d'égalité ainsi posé (concernant les conditions posées par les directives). Les nouvelles directives cherchent donc à satisfaire un équilibre entre protection de la transparence et de l'égalité de traitement et nécessités liées à la bonne exécution de la prestation objet du contrat et aux contraintes de la vie des affaires »*¹³⁶⁶. Cette analyse n'est pas celle retenue dans la présente thèse. La remise en cause des conditions initiales de la concurrence par une modification n'a pas de lien avec l'égalité de traitement des candidats. La

¹³⁶⁵ E. FATÔME, art. préc., p. 760.

¹³⁶⁶ R. NOGUELLOU, art. préc., p. 854.

modification contractuelle n'entraîne pas une inégalité, mais empêche certains soumissionnaires potentiels d'accéder au nouveau contrat. La question se situe donc en amont des considérations relatives à l'égalité de traitement. Il n'est pas question non plus de la transparence des procédures : celle-ci n'est pas remise en cause par une modification substantielle.

Le temps de l'exécution du contrat est donc à rattacher au premier temps de la commande publique, et donc à la liberté d'accès à la commande publique. C'est cette dernière qui doit servir de fondement pour l'analyse d'une modification qui intervient en cours d'exécution.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Les principes de la commande publique disposent d'une temporalité certaine. Leur application dépend du moment où l'on se trouve dans le processus d'achat public. C'est la liberté d'accès à la commande publique qui a vocation à s'appliquer la première. Elle dispose à ce titre du statut de principe initial. Le deuxième temps est celui de l'égalité de traitement et de la transparence des procédures. Le processus d'achat public s'achève avec le troisième temps, exclusivement dominé par le principe de transparence. Cette temporalité des fonctions des principes a pu être dégagée par le rapprochement entre deux logiques : d'une part, une logique temporelle, dégagée lors du chapitre précédent ; d'autre part, une logique principielle, dégagée à partir d'un faisceau d'indices. Par ce rapprochement, il est possible d'imaginer qu'à chaque objectif temporel, correspond un principe de la commande publique. Les objectifs étant liés au temps, l'application des principes est subséquentiellement dépendante du temps.

Cette temporalité des principes a permis d'appréhender leur articulation. Au sein de chaque temps, ils entretiennent des relations particulières. Une relation hiérarchique lors du premier temps, au profit de la liberté d'accès ; une relation parallèle dans le deuxième temps, entre l'égalité de traitement et la transparence ; l'exclusivité de la transparence lors du troisième temps. L'articulation dans le temps des principes repose sur un mécanisme de rétroactivité : si les acquis d'un principe sont remis en cause dans un temps ultérieur, il est rétroactivement fait appel à lui, soit pour légaliser cette remise en cause, soit pour la sanctionner.

CONCLUSION DU TITRE 2

La conception renouvelée des fonctions des principes de la commande publique repose sur une clé de lecture : le temps. Ce dernier a une emprise certaine sur le régime des contrats d'achat public. Le temps structure le processus d'achat en trois périodes distinctes, pendant lesquelles sont poursuivis des objectifs spécifiques à chacune, plus précis que les objectifs généraux découlant de l'ensemble des principes de la commande publique. À chaque logique temporelle ainsi dégagée correspond une logique principielle. À partir d'une méthode de rattachement entre ces deux logiques, qui dévoile une certaine concordance, il est possible de temporaliser l'application des principes de la commande publique. Chaque principe a vocation à produire des effets dans un temps déterminé.

Cette conception temporelle des principes de la commande publique permet d'introduire une singularité fonctionnelle dans l'ensemble homogène qu'ils forment. Par le biais des objectifs spécifiques à chaque temps, il est possible de constater que chaque principe poursuit un but distinct de ceux poursuivis par les deux autres principes. Cette approche tranche ainsi avec la vision classique qui repose sur une conception uniforme des fonctions des principes de la commande publique.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 :

L'analyse du droit positif dévoile qu'il existe une conception unitaire des fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, en ce sens qu'ils forment un ensemble homogène doté de fonctions communes, dont la mise en œuvre se matérialise de manière identique. En outre, les objectifs relatifs au droit de la commande publique ne peuvent être rattachés spécifiquement à l'un des trois principes, démontrant ainsi l'absence de singularité de leur fonction. Cette conception révèle son insuffisance, dans la mesure où le droit de la commande publique nécessite l'instauration d'une définition des fonctions propres à chaque principe.

Cette insuffisance est comblée par le dévoilement d'une conception temporelle des fonctions des principes. L'observation de la réalité juridique a permis de dégager une clé de lecture différente de ces derniers : le temps. À partir de cet élément, il est possible de dégager des « temps de la commande publique », dont la systématisation repose sur l'existence d'objectifs spécifiques à chacun, tels que l'accès à la procédure de mise en concurrence ou son intelligibilité. Une concordance entre les temps et les principes permet d'assigner ces objectifs caractéristiques à chaque principe, ce qui précise par conséquent leurs finalités propres et leur articulation.

Partie 2 :

L'EPANOUISSEMENT D'UNE CONCEPTION TEMPORELLE DES FONCTIONS DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.

Le dévoilement d'une conception temporelle des fonctions des principes repose sur la concordance entre les temps de la commande publique – définis par l'existence d'objectifs spécifiques – et les principes. Cette conception révèle les « *fonctions-fin* »¹³⁶⁷ des principes, dans la mesure où leurs finalités singulières sont délimitées. La liberté d'accès à la commande publique poursuit un objectif d'accès à la mise en concurrence ; l'égalité poursuit un objectif d'égalité de traitement entre les candidats réels participant à la mise en concurrence ; la transparence poursuit des objectifs d'intelligibilité de la procédure et de vérification *a posteriori* de son impartialité.

À partir de cette fonction-fin, il est possible de définir les « *fonctions-objet* »¹³⁶⁸ caractéristiques de chacun, en discernant de quel principe découle chaque règle spécifique du droit de la commande publique. En d'autres termes, c'est à partir des finalités poursuivies par chaque principe qu'il est possible de déterminer leurs fonctions spécifiques, dont découlent des règles concrètes et précises. Par conséquent, la conception temporelle permet d'instaurer une définition des fonctions propres à chaque principe de la commande publique (**Titre 1**).

Cette conceptualisation temporelle des fonctions des principes doit nécessairement être confrontée au droit positif, afin d'en percevoir les implications (**Titre 2**). Cette confrontation de la réalité juridique et de la définition des fonctions propres à chacun dévoile que cette dernière a des implications tant sur le régime de la commande publique que sur son contentieux.

¹³⁶⁷ Pour une définition de cette notion, v. cf. Introduction.

¹³⁶⁸ *Idem*.

Titre 1 : La proposition d'une définition des fonctions propres à chaque principe de la commande publique.

Titre 2 : Les implications d'une définition des fonctions propres à chaque principe de la commande publique.

Titre 1 :

**LA PROPOSITION D'UNE DEFINITION DES FONCTIONS
PROPRES A CHAQUE PRINCIPE DE LA COMMANDE PUBLIQUE.**

L'approche temporelle des principes permet de préciser les fonctions propres à chacun, en ce sens qu'il est possible de déterminer à quel principe se rattache une règle spécifique du droit de la commande publique. Ce sont donc les fonctions-objets des principes qui sont définies, dans la mesure où les règles précises découlant de chaque principe sont clairement identifiées.

Il convient d'analyser au préalable les fonctions de la liberté d'accès à la commande publique, principe dominant du premier temps de la commande publique (**Chapitre 1**)¹³⁶⁹. Ce principe peut être qualifié de « principe initial », dès lors que des trois principes de la commande publique, c'est le premier susceptible de produire des effets de manière autonome¹³⁷⁰. Rattaché à l'objectif économique d'accès à la commande publique, il dispose de fonctions à dimension économique. Il contraint l'autorité adjudicatrice à organiser un accès des candidats potentiels à une mise en concurrence dont la finalité est de remporter le contrat. En outre, il exerce également une fonction de protection de cette mise en concurrence.

Il convient ensuite d'analyser les fonctions propres des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (**Chapitre 2**), rattachés aux deuxième et troisième temps de la commande publique. Ces principes peuvent être qualifiés de « principes consécutifs », dans la mesure où ils sont applicables uniquement si la liberté d'accès produit au préalable ses effets. Ces principes n'ont effectivement de sens que dans le cadre des procédures de passation, dont l'existence est justifiée par le principe de liberté d'accès¹³⁷¹. Conséquence de la vision temporelle des principes, l'application de l'égalité et de la transparence est donc conditionnée par l'applicabilité de la liberté d'accès à la commande

¹³⁶⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹³⁷⁰ *Idem.*

¹³⁷¹ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

publique. Bien que consécutifs à la liberté, l'égalité et la transparence n'en demeurent pas moins des principes essentiels à l'efficacité des procédures de passation.

Chapitre 1 : Les fonctions propres du principe initial de liberté d'accès à la commande publique.

Chapitre 2 : Les fonctions propres des principes consécutifs d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

Chapitre 1 :

Les fonctions propres du principe initial de liberté d'accès à la commande publique.

Dans sa thèse consacrée à la *Transparence dans le droit de la commande publique*¹³⁷², Efthymia Lekkou affirme que la transparence est un principe transversal à l'origine de deux finalités. D'une part, au service d'une finalité immédiate, l'accès à la commande publique ; d'autre part, au service d'une finalité médiate, la protection du marché de la commande publique. Ce n'est pas l'analyse retenue dans les développements qui suivent, puisque l'objectif est de démontrer que c'est la liberté d'accès à la commande publique, principe initial, qui assure ces deux fonctions. Rattachée au premier temps de la commande publique qui dispose d'une dimension économique certaine¹³⁷³, la liberté d'accès a pour fonction la création d'une concurrence saine et loyale, permettant à tous les candidats potentiellement intéressés par la conclusion du contrat d'accéder à la procédure de mise en concurrence. Elle assure également une fonction de protection de cette concurrence, en encadrant le régime des modifications précontractuelles comme contractuelles. Étant le principe initial du droit de la commande publique, la liberté d'accès a nécessairement pour fonction d'établir les fondements économiques du processus d'achat public et d'en préserver la substance. À ce titre, elle assure donc deux fonctions : d'une part, une fonction économique immédiate, celle d'un accès à la mise en concurrence (**Section 1**) ; d'autre part, une fonction économique médiate, celle d'une protection de cette mise en concurrence (**Section 2**).

¹³⁷² E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013. Il s'agit des intitulés des deux parties de la thèse.

¹³⁷³ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 et 2.

Section 1 : Une fonction économique immédiate : l'accès à la mise en concurrence.

Au titre de sa fonction économique immédiate, la liberté d'accès poursuit deux finalités. D'une part, c'est elle qui justifie l'existence des procédures de passation (**Paragraphe 1**). En effet, seule l'existence obligatoire d'une procédure assure aux opérateurs économiques la possibilité d'accéder à la mise en concurrence et de participer au choix de l'autorité adjudicatrice. D'autre part, c'est à travers la liberté d'accès que l'autorité adjudicatrice détermine les conditions d'accès des opérateurs économiques à la mise en concurrence (**Paragraphe 2**). Ces dernières ne peuvent être trop restrictives et avoir pour effet d'évincer injustement des soumissionnaires potentiels de la procédure, en les empêchant d'exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence. À cet égard, il est possible d'affirmer que la liberté d'accès « *contraint les personnes devant passer un contrat de la commande publique à permettre à tous les opérateurs susceptibles de vouloir répondre à l'appel d'offres de pouvoir le faire. Ce principe s'applique donc en amont de la véritable procédure de sélection des candidats* »¹³⁷⁴. Ainsi, en poursuivant ces deux finalités, la liberté assure une fonction générale d'accès à la mise en concurrence, qui bénéficie aux soumissionnaires potentiels.

Paragraphe 1 : Une fonction économique initiale de justification à l'existence des procédures de passation.

Avant de développer sur la portée et la substance des fonctions de la liberté d'accès, il convient d'en délimiter le champ d'application (A). En effet, ce principe n'exerce pas ses fonctions de manière automatique¹³⁷⁵, puisqu'un certain nombre d'éléments doivent être réunis afin qu'il produise ses effets. La liberté d'accès est rattachée au premier temps de la commande publique, celui de l'accès à la mise en concurrence. Ce temps poursuit un objectif à finalité économique, qui découle d'une logique d'ouverture à la concurrence issue du droit de l'Union européenne. L'objectif est « *de créer un marché (au sens économique) où se*

¹³⁷⁴ G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 641.

¹³⁷⁵ Si tel était le cas, le droit de la commande publique souffrirait d'un formalisme excessif.

rencontre la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques »¹³⁷⁶. Ainsi, c'est le caractère économique des contrats de la commande publique qui justifie l'existence des procédures de passation¹³⁷⁷, en ce sens que « *l'application des principes de transparence, publicité, concurrence est liée au caractère économique de l'activité du cocontractant* »¹³⁷⁸. C'est également ce caractère économique et l'impact des contrats de la commande publique sur l'activité économique qui incitent le législateur européen à adopter une réglementation spécifique à la passation des contrats de la commande publique, dans un objectif d'ouverture du marché à la concurrence¹³⁷⁹. La liberté d'accès, poursuivant cet objectif du premier temps de la commande publique, dispose donc nécessairement d'une fonction à finalité économique : celle de l'accès à une procédure de passation permettant d'accéder à une activité économique. À ce titre, l'effectivité de ses fonctions est nécessairement conditionnée par l'existence d'un contexte économique. Par conséquent, le champ d'application de la liberté d'accès dépend du caractère économique du contexte dans lequel se place l'achat. C'est dans ce cadre que ce principe exerce sa première fonction, celle de rendre obligatoire les procédures de passation (B).

A : Le champ d'application économique de la liberté d'accès à la commande publique.

L'existence d'un contexte économique est nécessaire à l'effectivité des fonctions de la liberté d'accès à la commande publique, cette dernière poursuivant une finalité de nature économique. Une analyse des textes et de la jurisprudence rapporte que l'existence d'un contexte économique est conditionnée par l'externalisation ou l'abandon d'une activité économique à un opérateur économique. Par conséquent, le champ d'application de la liberté

¹³⁷⁶ G. KALFLECHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420.

¹³⁷⁷ L. RICHER, « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit de la commande publique », Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, Paris, La Doc. Fr., 2008, vol. 2, p. 355 : « *les contrats de l'administration qui présentent un caractère économique sont conclus moins librement que les autres, parce qu'eux seuls relèvent des obligations de transparence et de concurrence.* »

¹³⁷⁸ *Idem.*

¹³⁷⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1. La politique communautaire doit être « *conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* », Traité de Maastricht, 1992. Le droit communautaire, d'essence libérale, est animé par le seul objectif d'assurer la plus parfaite des concurrences : Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 87 – F. LICHERE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », *Contrats publ.* n° 69, sept. 2007, p. 39 – S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *A propos des contrats des personnes publiques*, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer, LGDJ, 2013, p. 429.

d'accès est délimité par la réunion de ces trois éléments (I). À l'inverse, la liberté d'accès n'a pas lieu de produire ses effets en l'absence d'un contexte économique (II), soit parce qu'il n'y a pas d'externalisation, soit que le contrat n'est pas le support d'une activité économique, ou que le futur cocontractant n'est pas un opérateur économique.

I : Une fonction initiale conditionnée par l'externalisation ou l'abandon d'une activité économique à un opérateur économique.

Il a été démontré que la liberté d'accès à la commande publique doit être rattachée au premier temps de la commande publique¹³⁸⁰. Par conséquent, elle poursuit un objectif d'accès à la mise en concurrence, en permettant à tous les opérateurs intéressés d'accéder au futur contrat. Le caractère économique de cet objectif confère aux fonctions de la liberté d'accès une dimension également économique. À ce titre, la liberté d'accès n'est effective que dans un contexte économique d'achat public. Dès lors, son champ d'application est conditionné par l'existence d'une activité économique. Cette analyse rejoint celle de Mathilde Auvray, qui souligne que « *le critère de l'activité poursuivie par l'opérateur permet de déterminer l'application du droit de la commande publique à celui-ci* »¹³⁸¹. L'auteur appuie ses propos sur l'avis *Fondation Jean Moulin* du Conseil d'État du 23 octobre 2003¹³⁸². Se prononçant sur la notion d'activité économique, le Conseil d'État estime que « *les prestations d'action sociale en cause, qui constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines de ce ministère, ne présentent pas dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique* ». Par conséquent, le ministère n'était pas « *astreint (...) à la passation d'un marché public de prestation de services* ». Ainsi, le Conseil d'État subordonne « *l'applicabilité du droit de la commande publique au caractère économique des prestations en cause* »¹³⁸³. Pour Sophie Nicinski¹³⁸⁴, le droit de la commande publique s'inscrit dans un cadre plus large de collaboration économique¹³⁸⁵. Or, pour qu'il y ait

¹³⁸⁰ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹³⁸¹ M. AUVRAY, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *RLC*, 2008, n° 1216.

¹³⁸² CE, avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin*, n° 369315, *EDCE* 2004, n° 55, p. 209 ; *CP-ACCP*, 2004, n° 34, p. 74, note E. Fatôme et L. Richer ; *ibid.*, 2004, n° 36, p. 65, note A. Ménéménis.

¹³⁸³ A. MÉNÉMÉNIS, « L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite d'une réflexion », *CP-ACCP*, septembre 2004, n° 36, p. 66.

¹³⁸⁴ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, pp. 512 et s.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 514 : « *ce que l'on cherche à appréhender [la collaboration économique] est donc plus large que la commande publique, même entendue largement* ».

collaboration économique, il faut que le contrat soit le support d'une activité économique¹³⁸⁶. Dès lors, il n'est plus contestable que l'activité économique soit un critère d'application du droit de la commande publique¹³⁸⁷, *a fortiori* de la liberté d'accès, qui est le principe initial du processus d'achat public¹³⁸⁸. Ainsi, la notion d'activité économique est « *utilisée à la fois pour l'application du droit de la concurrence et pour celle des règles communautaires touchant à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement, auxquelles se rattache la réglementation communautaire des marchés publics* »¹³⁸⁹. À ce titre, la Commission européenne¹³⁹⁰ indique que le droit de la commande publique s'applique « *à tout acte (...) par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers* ». Le champ d'application de la liberté d'accès, premier principe effectif de la commande publique du fait de son rattachement au premier temps, dépend donc de la présence d'une activité économique.

Il convient par conséquent de préciser la notion « d'activité économique ». Le Conseil d'État s'attache à la nature de l'activité ainsi qu'à ses conditions de mise en œuvre pour déterminer le caractère économique d'une activité¹³⁹¹. Selon la Cour de justice, « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹³⁹². Globalement, elle désigne « *l'offre de biens ou de services sur un marché* »¹³⁹³. Le critère déterminant semble être celui du contexte de marché, en ce sens que l'activité en cause doit être exercée dans ce contexte particulier. En effet, « *ce n'est pas le simple fait que l'activité peut, théoriquement, être exercée par des opérateurs privés qui importe, mais le fait que l'activité est exercée dans des conditions de marché. Celles-ci sont caractérisées par un*

¹³⁸⁶ *Idem* : « la collaboration repose ainsi sur plusieurs éléments : l'initiative publique d'un projet, un lien de collaboration entre l'administration et l'opérateur et, enfin, le caractère économique de l'objet de la collaboration. (...). Ce critère matérialise le fait que l'administration est la source d'une activité économique pour un opérateur. Sans rapport de collaboration, avec l'administration, l'opérateur ne peut pas accéder à l'activité économique ». *Ibid.*, p. 525 : « l'objet d'un contrat de la commande publique doit, selon nous, être une mission ou une prestation à caractère économique ».

¹³⁸⁷ M. AUVRAY, art. préc.

¹³⁸⁸ La liberté d'accès à la commande publique peut être qualifiée de « principe initial » dans le sens où elle est le principe prédominant du premier temps de la commande publique : Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹³⁸⁹ P. THIEFFRY, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA* 2007, p. 1331.

¹³⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM 2005. 569.

¹³⁹¹ CE, avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin*, préc.

¹³⁹² CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov et a.*, aff. C-180/98, *Rec.* p. I-06451 ; *AJDA* 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *Dr. soc.* 2000. 1114, note J.-P. Lhernould ; *RDSS* 2001. 179, obs. F. Kessler et F. Muller ; *ibid.* 393, obs. F. Muller ; *RTD com.* 2001. 537, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2002. 103, chron. L. Idot – CJCE 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.* p. I-8089 ; *RTD com.* 2002. 396, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2002. 103, chron. L. Idot ; *ibid.* 555, chron. J.-B. Blaise.

¹³⁹³ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ république Italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-03851.

comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité. C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un marché »¹³⁹⁴. Cette définition issue du droit de la concurrence est applicable au droit de la commande publique¹³⁹⁵. Bien que cette notion soit importante, l'existence d'une activité économique n'est pas suffisante pour l'applicabilité du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Dans une décision *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007¹³⁹⁶, le Conseil d'État indique que les collectivités publiques peuvent confier la gestion d'un service public sans mise en concurrence « *lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ». Il semble que la qualité « d'opérateur sur un marché concurrentiel »¹³⁹⁷ ou « d'opérateur économique » du prestataire soit une condition de l'applicabilité du droit de la commande publique¹³⁹⁸, donc *a fortiori* de la liberté d'accès à la commande publique. Par conséquent, « *le droit de la commande publique s'applique aux contrats conclu avec les opérateurs économiques* »¹³⁹⁹. Cette analyse est confirmée par les nouvelles directives de 2014, qui utilisent la notion d'opérateur économique dans la définition des marchés publics et des concessions. La directive 2014/24¹⁴⁰⁰ définit les marchés publics comme « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de*

¹³⁹⁴ P. MADURO, concl. sur CJCE, 11 juillet 2006, *FENIN*, aff. C-205/03, *Rec.* p. I-6295, § 13.

¹³⁹⁵ J. KOKOTT, concl. sur CJCE, 18 janv. 2007, *J. Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, pt. 50.

¹³⁹⁶ CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, *Rec.* p. 155 ; *AJDA* 2007. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *D.* 2007. 1273 ; *ibid.* 2617, chron. G. Clamour ; *RDI* 2007. 424, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2007. 812, concl. F. Sénès ; *ibid.* 821, note J.-C. Douence ; *RTD com.* 2007. 694, obs. G. Orsoni ; *RTD eur.* 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *BJCP* 2007. 283, concl. Sénès, obs. Schwartz ; *JCP A* n° 21, mai 2007, p. 21, note F. Linditch et p. 35, note J.-M. Pontier ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 191, note G. Eckert.

¹³⁹⁷ CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, n° 300481 *Rec.* p. 76 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 120, note P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2009. 891, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A*, n° 24, 2009, n° 2145, concl. A. Courrèges ; *ibid.*, note Cl. Devès ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 71, note H. Hoepffner ; *RFDA* 2009, p. 759, note B. Apollis – CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Rec.* p. 18 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 33, note F. Brenet ; *AJDA* 2012. 555, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78, note W. Zimmer ; *AJCT* 2012. 205, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2012. 940, obs. E. Muller ; *BJCP* 2012, n° 82, p. 153, concl. B. Dacosta.

¹³⁹⁸ O. GUÉZOU, « Contrats publics et politique de concurrence », *RFDA* 2014, p. 632 : « *en droit des contrats publics, pour définir positivement le cocontractant, les textes et la jurisprudence utilisent désormais la notion « d'opérateur économique » ou « d'opérateur sur le marché concurrentiel ».*

¹³⁹⁹ S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *Mélange en l'honneur du Professeur Laurent RICHER*, LGDJ, 2013, p. 422.

¹⁴⁰⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* p. L. 94/65.

services »¹⁴⁰¹. La directive 2014/23¹⁴⁰² dispose également que les concessions sont des contrats par lesquels sont confiées, « à un ou à plusieurs opérateurs économiques »¹⁴⁰³, des prestations de service ou de fourniture, ou l'exécution de travaux. En droit interne, le Code des marchés public dispose que « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés »¹⁴⁰⁴. L'article 4 de la nouvelle ordonnance sur les marchés publics reprend cette définition¹⁴⁰⁵. La notion d'opérateur économique conditionne ainsi la définition des marchés publics et des concessions. Cette notion et celle d'activité économique sont consubstantielles, puisque la qualité d'opérateur sur un marché concurrentiel s'apprécie « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce »¹⁴⁰⁶. Il convient par conséquent de définir la notion d'opérateur économique.

La Cour de justice de l'Union européenne¹⁴⁰⁷ adopte une conception large de la notion d'opérateur économique¹⁴⁰⁸. Il faut déduire de sa jurisprudence que « la notion d'opérateur économique recouvrirait toute entité qui décide de se porter candidate, indépendamment du but qu'elle poursuit, de son statut, de son organisation interne ou de sa présence sur le marché »¹⁴⁰⁹. Selon le législateur de l'Union, il faut entendre par opérateur économique « toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, art. 2.

¹⁴⁰² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* 2014, p. L.94/1.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, art. 5.

¹⁴⁰⁴ Art. 2 – I du Code des marchés publics.

¹⁴⁰⁵ Art. 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602 : « les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

¹⁴⁰⁶ CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.

¹⁴⁰⁷ CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISMa*, aff. C-305/08, *Rec. p.* I-12129 ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *RTD eur.* 2011. 432, obs. A. Lawrence Durviaux.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, pt. 35 : « le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'« opérateur économique qui offre des services sur le marché » aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise, ni introduire des conditions particulières susceptibles d'établir une limitation, en amont, de l'accès aux appels d'offres fondée sur la forme juridique et l'organisation interne des opérateurs économiques » ; Pt. 42 : « partant, il ressort tant des règles communautaires que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas ».

¹⁴⁰⁹ S. NICINSKI, *op. cit.*, p. 558.

marché »¹⁴¹⁰. À cet égard, le point 14 de l'exposé des motifs de la directive indique « *qu'il convient de préciser que la notion d'opérateur économique devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de "personnes morales" en toutes circonstances* ». Les entités de l'Union européenne adoptent ainsi une conception large de la notion d'opérateur économique, reprise par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics¹⁴¹¹, qui permet d'étendre le champ d'application de la liberté d'accès à la commande publique.

L'exigence d'une activité économique dévolue à un opérateur économique démontre que la liberté d'accès produit ses effets lorsqu'il existe un contexte économique certain. Or, les contrats de la commande publique constituent des marchés pertinents au sens économique du terme¹⁴¹². Ainsi, le champ d'application de la liberté d'accès est conditionné par l'existence d'une relation économique entre une autorité adjudicatrice et un opérateur économique. Ce principe produit ses effets lorsqu'une autorité adjudicatrice envisage d'externaliser ou de confier une activité économique, dans un contexte de marché, en créant un lien contractuel avec une entité distincte qui dispose de la qualité d'opérateur économique. Par conséquent, c'est lorsque l'administration offre un avantage économique pour lequel des opérateurs économiques sont susceptibles d'être en compétition que la liberté d'accès devient fonctionnelle. À l'inverse, en l'absence d'un contexte économique, la liberté d'accès ne produit aucun effet.

¹⁴¹⁰ Directive 2014/23 préc., art. 5 – Directive 2014/24 préc., art. 2.

¹⁴¹¹ Art. 13 de l'ordonnance 2015-899 préc. : « *est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services* ».

¹⁴¹² Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

II : Une fonction initiale absente dans le cadre d'un contexte non économique.

Ainsi que l'affirme Laurent Richer à propos des marchés publics, « *étant donné que la législation européenne sur les marchés publics participe à la réalisation de l'objectif économique de création d'un marché unique, il ne serait pas illogique que les exceptions soient, elles aussi, fondées sur des motifs à caractère économique* »¹⁴¹³. Par conséquent, « *la possibilité de soustraire les contrats publics à des règles de passation repose sur l'identification d'une activité non économique* »¹⁴¹⁴. Dans le même sens, le champ d'application de la liberté d'accès étant délimité par l'existence d'un contexte économique, elle ne produit aucun effet lorsque le processus d'achat se situe dans un contexte non économique. C'est essentiellement le cas¹⁴¹⁵ des contrats internes à la sphère publique, lorsque l'autorité adjudicatrice n'externalise pas une activité économique au moyen d'un contrat (a), ou lorsque deux personnes publiques coopèrent par le biais d'un contrat (b).

a : La non applicabilité de la liberté d'accès dans l'hypothèse d'un contrat in house.

La liberté d'accès à la commande publique ne produit pas d'effet s'il n'y a pas d'externalisation d'une activité économique au moyen d'un contrat. C'est le cas lorsque la personne publique choisit de gérer l'activité en régie, par ses propres moyens, sans la confier à un tiers¹⁴¹⁶. Dans ce cas, elle n'a pas à respecter les obligations qui découlent de la liberté d'accès, puisqu'elle n'externalise aucune activité économique. Il est à noter que les nouvelles directives consacrent un principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs sont libres « *de décider si, comment et dans quelle mesure ils souhaitent assumer eux-mêmes certaines fonctions publiques* »¹⁴¹⁷. Le législateur de l'Union européenne consacre ainsi « *un véritable*

¹⁴¹³ L. RICHER, « De l'analogie, à propos de la jurisprudence Teckal », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin*, Mare et Martin, 2014, p. 449.

¹⁴¹⁴ L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 352.

¹⁴¹⁵ Les cas d'exclusion expresse des procédures de mise en concurrence (art. L1411-12 du CGCT – art. 3 et 35-2 du Code des marchés publics), ne soulevant aucune difficulté particulière, ils ne seront pas développés dans les propos qui suivent.

¹⁴¹⁶ CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc. : « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers (...) lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre* ».

¹⁴¹⁷ Art. 1^{er} de la directive 2014/24/UE préc.

*principe de liberté de choix de l' "auto-prestation" »*¹⁴¹⁸. Lorsque l'autorité adjudicatrice choisit de gérer l'activité en quasi-régie, la solution est identique : elle n'a pas à respecter les règles de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit, dans ce cadre, de l'hypothèse des prestations *in house*.

La notion de prestation « *in house* » est utilisée et définie pour la première fois par la Commission européenne dans une communication du 11 mars 1998¹⁴¹⁹. Elle est reprise ensuite par l'avocat général Antonio La Pergola¹⁴²⁰. Le *in house* « *est une création jurisprudentielle qui repose sur la prise en considération des cas particuliers dans lesquels le lien entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant est tel qu'il est assimilable à une relation que ce pouvoir adjudicateur aurait avec ses propres services* »¹⁴²¹. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles une personne publique confie une activité économique à une entité distincte, mais non autonome. La consécration jurisprudentielle du *in house* est fondée sur une décision de la Cour de justice du 18 novembre 1999, *Teckal*¹⁴²². La Cour, dans un premier temps, confirme l'applicabilité des directives pour les contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et une entité distincte, « *que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non* ». Les contrats conclus entre deux pouvoirs adjudicateurs sont donc soumis aux règles qui découlent des directives. Dans un second temps, elle admet une exception à l'application des directives « *dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ». Par conséquent, si les conditions cumulatives du contrôle analogue¹⁴²³ et de la

¹⁴¹⁸ L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 2.

¹⁴¹⁹ Communiqué Comm. CE n° IP/98/233, 11 mars 1998, *JOCE* 29 mai 1999, n° C 150. La Commission définit les prestations relevant de la quasi-régie comme des marchés « *passés au sein de l'administration publique, par exemple, entre administration centrale et locale ou encore entre une administration et une société entièrement détenue par celle-ci* » (§ 2.1.3).

¹⁴²⁰ A. LA PERGOLA, concl. sur CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *Rec.* p. I-06821. L'avocat général définit la prestation « *in house* » par le rattachement à « *la notion d'organe (...) de l'administration publique* » (pt. 36) et qualifie cette prestation de « *délégation interorganique* » (pt. 38).

¹⁴²¹ B. KOEBEL, « Marchés publics conclu entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre, enfin ? », *JCP A* n° 7, 2012, 2058.

¹⁴²² CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl c. Comune di Viano et AGAC*, aff. C-107/98, *Rec.* p. I-8121 ; *D.* 1999. 276 ; *BJCP* 2000, p. 43, concl. G. Cosmas, obs. C. Maugué ; *Europe* 2000. comm. 28, note F. Kauff-Gozin.

¹⁴²³ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec.* p. I-00001 ; *AJDA* 2005. 898, note F. Rolin, et 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *D.* 2005. 312 ; *RDI* 2005. 123, obs. J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2005, p. 180, concl. C. Stix-Hackl ; *Contrats et marchés publ.* 2005. comm. 68, note G. Eckert – CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. n° 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak – CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto*

réalisation essentielle de l'activité avec la collectivité¹⁴²⁴ sont réunies, le pouvoir adjudicateur est dispensé du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. La solution est similaire lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs créent une entité pour lui déléguer une activité¹⁴²⁵. Dans ce cas, les personnes publiques doivent exercer un contrôle conjoint sur l'entité¹⁴²⁶. La jurisprudence de la Cour de justice a été largement transposée en droit interne¹⁴²⁷.

Les nouvelles directives de 2014¹⁴²⁸ codifient l'exception jurisprudentielle du *in house* et lui apportent des assouplissements¹⁴²⁹. Elles confirment l'existence de différents types de *in house* : le *in house* vertical, la relation *in house* conjointe et la coopération public-public. Pour le *in house* verticale, les directives reprennent en substance la définition du contrôle analogue.

Viaggiatori (ANAV), aff. C-410/04, *Rec.* p. I-3303 ; *AJDA* 2006. 790 ; *RDI* 2006. 222, obs. J.-D. Dreyfus – CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05, *Rec.* p. I-110 ; *AJDA* 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 500, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2008. comm. 183, note W. Zimmer – CJCE, 10 septembre 2009, *Sea srl c/ Commune di Ponte Nossia*, aff. C-573/07, *Rec.* p. I-8127 ; *AJDA* 2009. 2226, note R. Sermier et D. Epaul, et 2276, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2009. 590, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 305, note W. Zimmer – CJUE, 19 juin 2014, *Centro hospitalar de Setúbal EPE*, aff. C-574/12 ; *AJDA* 2014. 1301. Voir not. R. NOGUELLOU, « La notion de contrôle analogue », *RLCT* 2010/60, p. 19, n° 1706 – L. RAPP, « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA* 2010. P. 588.

¹⁴²⁴ CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio SpA*, aff. C-340/04, *Rec.* p. I-04137 ; *AJDA* 2006. 1013 – CJCE, 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empreras Fosetales (Asemfo)* aff. C-295/05, *Rec.* p. I-02999 ; *AJDA* 2007. 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, et 1759, note E. de Fenoyl.

¹⁴²⁵ Il s'agit dans ce cas d'un « *in house* » institutionnalisé, car la coopération s'exprime au travers d'une entité personnalisée. Ce mécanisme est également dénommé *in house* vertical, car les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint.

¹⁴²⁶ Pour la jurisprudence de l'Union européenne : CJCE, 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empreras Fosetales (Asemfo)* préc. – CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, *Rec.* p. I-8457 ; *AJDA* 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2009. 115, obs. R. Noguellou ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez – CJUE, 29 novembre 2012, *Econord Spa*, aff. C-182/11 et C-183/11, *AJDA* 2013. 178, note J.-D. Dreyfus, et 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *RDI* 2013. 212, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2013. 136, obs. S. Dyens ; *RTD eur.* 2013. 341, obs. A. Lawrence Durviaux ; *RMCUE* 2013. 350, chron. S. Rodrigues, C. Bernard-Glanz et L. Lévi ; *CCC* 2013. comm. 38, note A. Sée ; *Constr.-Urb.* 2013. comm. 1, note X. Couton ; *Contrats et marchés publ.* 2013. comm. 1, note W. Zimmer ; *Europe* 2013. comm. 26, note D. Simon ; *JCP A* 2013, n° 2009, note S. Brameret. Pour la jurisprudence nationale : CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc. – CE, 4 mars 2009, *Syndicat nationale des industries d'information de santé*, préc. – CE, 6 novembre 2013, n° 365079, *Commune de Marsannay-la-Côte, Société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise* (SPLAAD), n° 365079 ; *AJDA* 2014. 60, note G. Clamour ; *ibid.* 2013. 2229 ; *RDI* 2014. 44, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 19, note M. Amilhat.

¹⁴²⁷ Art. 3-1° du Code des marchés publics – art. 23, 1° de l'ordonnance du 6 juin 2005 préc. – art. L. 1415-3, 1° du Code général des collectivités territoriales – art. L. 300-5-2 du Code de l'urbanisme – CE, Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC*, préc.

¹⁴²⁸ Directive 2014/23/UE préc. – Directive 2014/24/UE préc. – Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE* 2014, p. L.94/243.

¹⁴²⁹ Art. 12 de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 17 de la Directive 2014/23/UE préc. – Art. 28 de la Directive 2014/25/UE préc.

S'agissant du second critère, la réalisation essentielle des activités, les directives imposent que « *plus de 80% des activités de la personne morale* », doivent être « *exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle* ». Cette nouvelle condition chiffrée « *a pour objet de vérifier que la personne morale contrôlée n'a pas de vocation de marché* »¹⁴³⁰. La participation de capitaux privés est possible¹⁴³¹, si elle est prévue par la loi et si elle n'offre pas au détenteur des capitaux une capacité de contrôle ou de blocage et ne lui confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée¹⁴³². S'agissant du *in house* conjoint, les directives reprennent la notion de contrôle conjoint telle qu'élaborée par la Cour de justice. Il est à noter que dorénavant, une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participant au contrôle ou l'ensemble d'entre eux.

En outre, le législateur européen innove en créant des nouvelles formes de relation *in house* : le *in house* vertical indirect¹⁴³³, le *in house* ascendant¹⁴³⁴, le *in house* horizontal¹⁴³⁵. Il facilite ainsi le recours à la prestation *in house* pour les pouvoirs adjudicateurs. La nouvelle ordonnance sur les marchés publics reprend l'ensemble de ces réglementations et innovations¹⁴³⁶.

C'est l'absence d'externalisation d'une activité économique qui permet, entre autre, d'identifier un contrat *in house*. Or, cet élément est essentiel à la définition d'une situation de contexte économique. Par conséquent, en l'absence de contexte économique, la liberté d'accès n'exerce pas ses fonctions dans le cadre du *in house*. La solution est similaire lorsque deux personnes publiques coopèrent par le biais d'une relation contractuelle.

¹⁴³⁰ G. BROUX, L. COMMUNAL, C. FISCHER et T. Le FLOCH, « La « coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A* 2014, p. 2275.

¹⁴³¹ Il est à noter que la Cour n'a jamais accepté de faire jouer l'exception *in house* dans les cas où il existe une participation de capitaux privés, même minime : CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, préc.

¹⁴³² Cons. 32 de la directive 2014/24 préc., ou 46 de la directive 2014/23 préc.

¹⁴³³ Désormais, un pouvoir adjudicateur peut passer un contrat sans mise en concurrence avec une société contrôlée par une société qu'il contrôle.

¹⁴³⁴ Ce mécanisme est également dénommé « *in house* verticale inversé ». Les directives n'exigent pas de mise en concurrence lorsque l'organisme contrôlé attribue un marché au pouvoir adjudicateur contrôleur.

¹⁴³⁵ La relation *in house* horizontale concerne deux personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur. Ces dernières peuvent librement s'attribuer entre elles un marché. La Cour de justice a récemment refusé de reconnaître une relation *in house* dans cette hypothèse : CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, aff. C-15/13 ; *AJDA* 2014. 2001, note Y. Simmonet ; *Europe* 2014, comm. 299., note M. Meister ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 169, note W. Zimmer.

¹⁴³⁶ V. art. 17 et 19 de l'ordonnance 2015-899 préc.

b : La non applicabilité de la liberté d'accès dans le cas des coopérations entre personnes publiques.

Le droit positif s'intéresse aux cas de mutualisation d'activités entre plusieurs entités publiques, appelée contrat de coopération ou entente¹⁴³⁷. La coopération horizontale ou contractuelle¹⁴³⁸ entre personnes publiques, à l'instar du *in house*, peut également être exclue du champ d'application économique de la liberté d'accès à la commande publique dans certains cas. Ce type de coopération se matérialise par une convention qui permet aux personnes publiques « *d'assurer un service public en commun dans une logique de coopération* »¹⁴³⁹. À l'origine, la question se pose de savoir si la conclusion de ce type de convention est soumise à une procédure de passation impliquant des obligations de publicité et de mise en concurrence. *A priori*, la réponse apportée doit être positive, car « *cette logique s'est rapidement heurtée à la construction du marché intérieur qui prône la libre circulation des services* »¹⁴⁴⁰, et de tels contrats peuvent s'assimiler à des marchés publics ou à des délégations de service public¹⁴⁴¹. Dans ce cas, le principe reste l'obligation de mettre en concurrence les contrats passés entre les personnes publiques¹⁴⁴². De plus, ces conventions « *ne débouchent pas sur la création d'une institution mais constituent simplement un cadre de coopération* »¹⁴⁴³. À ce titre, elles ne peuvent entrer dans l'exception du *in house*.

¹⁴³⁷ Sur cette question, v. notamment J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997 – H. DEVILLERS, *Les contrats entre personnes publiques*, mémoire, PU Jean Moulin Lyon 3, 2013.

¹⁴³⁸ On oppose ce type de coopération au *in house*. Dans le cadre du *in house*, il s'agit d'une coopération verticale institutionnalisée, lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs créent une entité commune placée sous leur contrôle.

¹⁴³⁹ G. BROUX, L. COMMUNAL, C. FISCHER et T. Le FLOCH, « La « coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A* n° 40, 2014, ét. 2275.

¹⁴⁴⁰ *Idem*.

¹⁴⁴¹ C'est la conception qui a pu être retenue par le Conseil d'Etat : CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont de Barr*, n° 188239, *Rec.* p. 201 ; *RFDA*, 1998, p. 609, concl. H. Savoie : « *considérant que si le code des marchés publics ne s'applique pas à un contrat, tel que celui envisagé en l'espèce, entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent de l'autre et qui contractent pour gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ de leurs compétences et si, par suite, les règles de mise en concurrence prévues par ce code n'étaient pas applicables, un tel contrat doit être regardé comme un marché public de services au sens de la directive n° 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; qu'en vertu de l'article 1er de ladite directive, les marchés de services passés entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services doivent faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence* ».

¹⁴⁴² B. KOEBEL, art. préc.

¹⁴⁴³ F. BRENET, comm. sous CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*, *Dr. adm.* 2012, comm. 33.

La Cour de justice apporte un premier élément de réponse dans une décision du 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*¹⁴⁴⁴. Elle exclut du champ d'application des règles de la commande publique les contrats consacrant une véritable coopération entre personnes publiques en vue d'assurer un service public en commun et non une simple prestation de services de l'une au bénéfice de l'autre. Par conséquent, lorsqu'elles veulent assurer en commun leurs missions de service public, les personnes publiques ne sont pas dans l'obligation de respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence. Cette hypothèse « *résulte bien d'une liberté organisationnelle reconnue aux personnes publiques lorsqu'elles décident de gérer elles-mêmes les services publics dont elles ont la charge. Elle se situe donc en dehors du champ de la commande publique* »¹⁴⁴⁵. La Cour pose des conditions à cette exception à la mise en concurrence : la convention doit porter sur une réelle coopération visant à effectuer conjointement une mission de service public, doit prévoir le strict remboursement des prestations, et « *la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'intérêt public* »¹⁴⁴⁶. Cette jurisprudence est confirmée par la suite¹⁴⁴⁷, et est transposée en droit interne aux articles L.5111-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales¹⁴⁴⁸.

Dans une décision du 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*¹⁴⁴⁹, le Conseil d'État est amené à se prononcer sur une convention différente des hypothèses préalablement étudiées. Il

¹⁴⁴⁴ CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.* p. I-4747 ; *AJDA* 2009. 1540, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 1715, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *BJCP* 2009, p. 371, obs. Ph. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 226, note H. Hoepffner ; *Dr. adm.* 2009, comm. 98 ; *JCP A* 2009, n° 2158, note Ph. Proot ; *ibid.* n° 2248, notes F. Lichère et F. Linditch.

¹⁴⁴⁵ W. ZIMMER, comm. sous CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78.

¹⁴⁴⁶ CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, préc.

¹⁴⁴⁷ Commission européenne, document de travail du 4 octobre 2011 concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public») – CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale*, aff. C-159/11, p.t 40 : le droit européen s'oppose à l'exception de mise en concurrence lorsque « *un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents* » – CJUE, 13 juin 2013, *Pipenbrock Dienstleistungen*, aff. C-386/11 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 213, note W. Zimmer.

¹⁴⁴⁸ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697 ; *Dr. adm.* 2010, alerte 44, R. Noguellou ; *JCP A* 2010, 2229, note C. Devès – Art. 68 de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, codifié à l'art. L. 5111-1 du Code général des collectivités territoriales : « *les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur (...) ces conventions ne sont pas soumises aux règles prévues par le code des marchés publics ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* ».

¹⁴⁴⁹ CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Rec.* p. 18 ; *Dr. adm.*, 2012, comm. 33, note F. Brenet ; *AJDA* 2012. 555, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78, note W. Zimmer – TA

s'agit, en l'espèce, d'une coopération horizontale non institutionnalisée qui n'entre pas dans la réglementation des articles L. 5111-1 et suivant, le Code général des collectivités territoriales ne prévoyant pas les hypothèses d'entente entre un établissement public de coopération intercommunal et une commune qui n'en est pas membre. Le Conseil d'État, en se fondant sur l'article L. 5221-1 du même Code¹⁴⁵⁰, confirme la possibilité de conclure des accords de coopération sans publicité ni mise en concurrence en vue de gérer en commun des services publics, « à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel »¹⁴⁵¹. Dans ce cas, ce type de convention, matérialisant des relations qui ne sont pas celles du marché¹⁴⁵², est exclu de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence. Par conséquent, la liberté d'accès à la commande publique ne s'applique pas. Ainsi, « l'entente ne doit en aucun cas servir de cadre, et même de prétexte, permettant à une personne publique d'agir tel un opérateur économique sur un marché concurrentiel, car elle serait susceptible de fausser le jeu de la concurrence »¹⁴⁵³. Si tel est le cas, la liberté d'accès doit produire ses effets car la convention se situe dans un contexte économique. Il se développe ainsi une « théorie de la coopération hors concurrence entre personnes publiques »¹⁴⁵⁴, dont les contours sont précisés par les juges du palais royal. Le critère utilisé par le Conseil d'État est celui de l'opérateur économique agissant sur un marché concurrentiel, qualité qui peut donc être reconnue aux pouvoirs adjudicateurs.

Cette jurisprudence démontre que la coopération public-public « n'est pas pensée en soi mais principalement – si ce n'est uniquement – comme un mécanisme de dérogations aux règles de la mise en concurrence, voire de la concurrence. Or, la coopération public-public est à la fois

Cergy-Pontoise, 12 avril 2013, n° 1106723 ; JCP A 2014, 2120, note S. Eustache ; RLC 2012. 32, note S. Brameret.

¹⁴⁵⁰ Art. L5221-1 du Code général des Collectivité territoriales : « deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune ».

¹⁴⁵¹ CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, préc. Le Conseil d'État pose plusieurs conditions : l'entente ne doit pas provoquer de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé, l'entente doit tendre à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par ces deux personnes publiques.

¹⁴⁵² W. ZIMMER, art. préc.

¹⁴⁵³ F. BRENET, art. préc.

¹⁴⁵⁴ Ph. TERNEYRE, « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », RFDA 2014, p. 407.

plus que cela – en ce qu'elle doit répondre à d'autres préoccupations – et moins que cela – en ce qu'elle n'échappe jamais totalement au marché »¹⁴⁵⁵. Le contexte économique inhérent au droit de la commande publique transcende donc les mécanismes classiques du droit des collectivités locales, démontrant ainsi l'importance d'une délimitation précise du champ d'application du principe de liberté d'accès.

Les nouvelles directives de 2014 codifient la jurisprudence européenne relative à la coopération entre personnes publiques¹⁴⁵⁶. Le législateur européen pose quatre conditions pour bénéficier de l'exception de la coopération public-public¹⁴⁵⁷ : la présence de pouvoirs adjudicateurs ; l'atteinte d'objectifs communs¹⁴⁵⁸ ; la poursuite d'un intérêt public¹⁴⁵⁹ ; un plafond de 20% des activités réalisées sur le marché concurrentiel. Ces conditions, qui démontrent l'absence d'un contexte économique, justifient la non applicabilité du principe de liberté d'accès à la commande publique. Elles sont reprises de manière identique dans la nouvelle ordonnance sur les marchés publics¹⁴⁶⁰.

La liberté d'accès dispose donc d'un champ d'application délimité par l'existence d'un contexte économique. Dans ce cadre, elle exerce une première fonction, celle de rendre obligatoire le recours à des procédures de passation.

¹⁴⁵⁵ G. ECKERT, « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 620.

¹⁴⁵⁶ Directive 2014/23/UE préc. – Directive 2014/24/UE préc. V., sur cette question, F. BRENET, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.

¹⁴⁵⁷ Art. 12 de la Directive 2014/24/UE préc., Art. 17 de la Directive 2014/23/UE préc.

¹⁴⁵⁸ À ce titre, le considérant 33 de la Directive 2014/24/UE dispose que « les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaires. Les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public ».

¹⁴⁵⁹ Cette condition « devrait exclure tout transfert financier entre les participants à la coopération qui irait au-delà du simple remboursement des frais encourus au titre de la coopération » : L. LEVAIN, R. MARVILLE TORRE, M. PRATS-DENOIS, « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP A*, n° 16, avril 2015, étude 1188.

¹⁴⁶⁰ Art. 18 de l'ordonnance 2105-899 préc.

B : La fonction économique initiale de la liberté d'accès.

Historiquement, le droit de la commande publique s'est développé autour de l'existence de procédures de passation, et non autour d'un corpus de principes justifiant l'existence d'un régime particulier¹⁴⁶¹. Ainsi, les législations qui fondent les procédures de passation précèdent l'émergence récente des principes de la commande publique. Par conséquent, il est possible de se demander *« si l'on pourrait revenir sur cet état de fait ou si, au-delà de ces législations, on peut trouver un principe, ou des principes, imposant des procédures de passation »*¹⁴⁶². L'objectif des développements qui suivent est de démontrer que c'est la liberté d'accès à la commande publique qui justifie l'existence obligatoire des procédures de passation. C'est en cela que réside sa fonction économique initiale (I). Cette fonction contraint également l'autorité adjudicatrice à déterminer ses besoins. En effet, c'est cette détermination qui révèle le caractère obligatoire d'une procédure de passation et en conditionne le choix. (II). À ce titre, le contenu et la teneur de la liberté d'accès varie en fonction de plusieurs paramètres, tenant aux caractéristiques, à la configuration et à l'impact économique du futur contrat. Les manifestations de ce principe sont donc propres à chaque contrat de la commande publique.

I : La liberté d'accès comme fondement à l'existence des procédures de passation.

Lorsque l'autorité adjudicatrice décide de rendre accessible une activité économique dans un contexte de marché, la liberté d'accès à la commande publique, principe initial, produit ses effets. De part son rattachement au premier temps de la commande publique, ce principe assure une fonction économique en accordant aux candidats potentiels intéressés la possibilité d'accéder au marché pertinent constitué par le futur contrat. Ces derniers, grâce à ce principe, peuvent décider d'exercer leur liberté d'accéder au futur contrat en participant à une mise en concurrence, permettant *in fine* de choisir un cocontractant dans des conditions d'égalité et de transparence. À cet égard, *« le "principe de liberté d'accès à la commande publique" correspond au premier pilier, à la première condition d'un système de libre concurrence qui, pour présenter ses vertus et permettre d'atteindre l'optimum économique,*

¹⁴⁶¹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 601 : *« le constat historique de l'existence permanente de procédure de passation pour tous les contrats de l'administration visant à l'achat ou à la réalisation de biens a déjà été fait »*.

¹⁴⁶² *Idem.*

suppose que les agents économiques soient libres d'entrer ou de sortir d'un marché »¹⁴⁶³. Le principe de liberté d'accès permet donc aux opérateurs économiques d'avoir une chance de pénétrer le marché de la commande publique en participant à une « *compétition* »¹⁴⁶⁴ pour l'obtention du futur contrat. Par conséquent, « *la liberté d'accéder au marché est, selon la théorie économique, la condition première de l'existence de la concurrence* »¹⁴⁶⁵. La liberté sous-tend que toutes les personnes désirant devenir le cocontractant d'une autorité adjudicatrice doivent avoir la possibilité d'accéder à une mise en concurrence. À l'inverse, lorsque la liberté d'accès ne produit pas ses effets, le pouvoir adjudicateur n'a aucune obligation de respecter la liberté des opérateurs économiques de pénétrer le marché. Dans ce cas, la personne responsable du futur contrat peut l'octroyer au cocontractant de son choix.

La liberté d'accès à la commande publique ne signifie cependant pas qu'il existe un « droit d'accéder à la commande publique ». En ce sens, ce principe ne garantit pas à un opérateur économique de remporter systématiquement le futur contrat. En pareil cas, le fonctionnement concurrentiel du marché n'est pas assuré. Il garantit seulement, pour le soumissionnaire potentiel, le droit d'être informé de l'existence du futur contrat et la liberté de tenter sa chance pour le remporter. Ainsi, ce principe implique seulement que « *les entrepreneurs ou fournisseurs [puissent] librement se porter candidat* »¹⁴⁶⁶ aux contrats de la commande publique.

La concrétisation de cette fonction économique de la liberté d'accès réside dans l'existence obligatoire des procédures de passation. Seules ces dernières assurent aux opérateurs économiques l'accès à une mise en concurrence pour avoir une chance de remporter le contrat. En effet, la procédure de passation permet aux opérateurs économiques d'une part, de savoir qu'un contrat va être passé, d'autre part, de participer au choix de l'autorité adjudicatrice. À l'inverse, en l'absence d'une procédure obligatoire, l'autorité adjudicatrice peut octroyer le contrat de gré à gré, ce qui n'assure pas aux candidats potentiels la possibilité d'intervenir sur le marché pertinent constitué par le futur contrat. Ainsi, « *le recours à des*

¹⁴⁶³ O. GUÉZOU, art. préc., p. 632.

¹⁴⁶⁴ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 593 : « *cet objectif [protéger les intérêts financiers de l'administration] suppose d'abord l'ouverture entre le plus grand nombre possible d'entrepreneurs ou fournisseurs d'un système de compétition les amenant à se révéler et à proposer des offres à l'administration ; cette idée de compétition va animer la première phase de l'opération d'adjudication, à savoir la participation à l'adjudication ; elle s'y révèle par les principes de la publicité et de la libre concurrence* ».

¹⁴⁶⁵ P. SALIN, *La concurrence*, PUF, Que sais-je, 1995, n° 1063, p. 76.

¹⁴⁶⁶ Art. 47 du Code des marchés publics 1964.

procédures de passation permet justement d'organiser l'accès au marché pertinent »¹⁴⁶⁷. La liberté d'accès et l'existence des procédures de passation poursuivent donc le même objectif.

Par conséquent, l'existence obligatoire des procédures de passation est le premier aspect des fonctions économiques de la liberté d'accès à la commande publique. Ce principe assure « *la possibilité pour tous les opérateurs intéressés et intéressants de concourir* »¹⁴⁶⁸. Ce dernier, dans un contexte économique, déclenche la mise en œuvre d'un véritable processus d'achat public qui permet, à terme, de choisir le cocontractant dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Dès lors, « *la liberté d'accès commande la généralisation de l'obligation de mise en concurrence* »¹⁴⁶⁹. Il est à noter que la liberté d'accès assure l'accès à la mise en concurrence, mais n'a aucune influence sur son déroulement¹⁴⁷⁰. Ainsi, dès lors que la liberté d'accès s'applique, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation d'organiser une procédure de passation. Ce processus incite les opérateurs potentiellement intéressés par la conclusion du contrat à soumissionner, c'est-à-dire à exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence.

Cette fonction initiale et économique de la liberté d'accès ne ressort ni des textes, ni de la jurisprudence. Dans la loi *Sapin*¹⁴⁷¹ – qui met en place des procédures de passation pour la conclusion des délégations de service public – et dans les rapports qui y sont relatifs¹⁴⁷², il n'est pas fait mention du principe de liberté d'accès. La loi évoque seulement l'existence d'un principe général justifiant l'existence d'une « *procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* »¹⁴⁷³. Dans les autres textes qui mettent en place des procédures de passation pour les contrats de la commande publique, il est fait référence au corpus juridique formé par les trois principes de la commande publique, non à la liberté d'accès seule¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁷ L. BATTOUE, *op. cit.*, p. 370.

¹⁴⁶⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, n° 297711, *Rec.* p. 319.

¹⁴⁶⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, p. 528.

¹⁴⁷⁰ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 : le déroulement de la mise en concurrence est rattachée en deuxième temps de la commande publique, donc au principe d'égalité de traitement des candidats.

¹⁴⁷¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

¹⁴⁷² Les rapports et avis sont disponibles sur le site internet du Sénat.

¹⁴⁷³ Art. 38 de la Loi n° 93-122 préc.

¹⁴⁷⁴ Code des marchés publics 2006 – décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JORF* n°0099 du 28 avril 2010, p. 7686 – ordonnance n°2009-864 relative aux contrats de concessions de travaux publics, *JORF* n°0162 du 16 juillet 2009, p. 11853 – ordonnance n°2005-649 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014 –

Le constat est similaire en jurisprudence. En droit de l'Union européenne, la justification de l'existence d'une procédure est généralement fondée sur les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement¹⁴⁷⁵, dont l'acception est plus large que l'égalité de traitement française¹⁴⁷⁶. En droit interne, les décisions qui imposent des obligations minimales de publicité et de mise en concurrence en l'absence de texte font référence au tout formé par les trois principes de la commande publique¹⁴⁷⁷. Pourtant, étant rattachée au premier temps de la commande publique, c'est bien la liberté d'accès qui justifie l'existence des procédures. La transparence, à elle seule, ne permet pas de fonder l'existence des obligations de publicité et de mise en concurrence. Il en est de même pour l'égalité de traitement. Rattachée au deuxième temps de la commande publique, elle ne produit des effets qu'une fois la procédure de passation enclenchée, lorsque les soumissionnaires potentiels candidatent effectivement. En effet, « *le traitement dont il est question est le traitement des offres* »¹⁴⁷⁸, alors que la question de l'accès à la mise en concurrence « *se situe, dans la procédure, en amont de l'analyse des offres* »¹⁴⁷⁹. Les fonctions de l'égalité de traitement des candidats se situent donc postérieurement à l'existence même d'une procédure de passation. Par conséquent, c'est la liberté d'accès à la commande publique qui fonde l'existence obligatoire des procédures de passation, et qui déclenche, par la suite, l'application des deux autres principes.

En l'absence de procédure de passation obligatoire, la liberté d'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence n'est pas respectée. Dans certains cas particuliers, ce non-respect est cohérent, la définition préalable des besoins révélant qu'une procédure de passation n'est pas

ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°141 du 19 juin 2004, p. 10994, modifié par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°0175 du 29 juillet 2008, p. 12144.

¹⁴⁷⁵ CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Royaume de Danemark*, dit « *Storebaelt* », aff. C-243/89, *Rec.* p. I-3353 : le devoir de respecter l'égalité de traitement « *correspond à l'essence même* » des directives.

¹⁴⁷⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁴⁷⁷ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Maugué ; *AJDA* 2002. 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publics*, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude J. Gourdou et A. Bourrel – CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006. p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch – CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 35797, *Rec.* p. 258 ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012. 1314 ; *ibid.* 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI* 2012. p. 560, obs. S. Braconnier ; *JCP Adm.* 2012, act. 469 ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2012, Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, note F. Brenet.

¹⁴⁷⁸ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 623.

¹⁴⁷⁹ *Idem.*

obligatoire¹⁴⁸⁰. Il s'agit essentiellement des contrats dont le montant est faible ou dont l'objet présente des caractéristiques particulières. À cet égard, la liberté d'accès à la commande publique ne dispose pas d'un caractère absolu. En dehors de ces cas, le juge et le législateur veillent au respect de la liberté d'accès, en abaissant par exemple le seuil en dessous duquel une procédure de passation n'est pas obligatoire¹⁴⁸¹, en sanctionnant les dispenses de mise en concurrence¹⁴⁸², en obligeant l'autorité adjudicatrice « à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin »¹⁴⁸³, ou en imposant un degré minimal de publicité¹⁴⁸⁴. Il est à noter que la violation du principe de liberté d'accès à la commande publique peut constituer un délit sur le terrain pénal¹⁴⁸⁵.

Ainsi, la liberté d'accès a pour fonction première de justifier l'existence des procédures de passation. Dans ce cadre, elle contraint l'autorité adjudicatrice à préciser ses besoins, afin de déterminer le caractère obligatoire de la procédure ainsi que sa nature.

¹⁴⁸⁰ Pour les marchés publics : Art. 28 al. 4 du Code des marchés publics ; Art 35-II du Code des marchés publics – Pour les délégations de service public : Art. L1411-12 du CGCT – Pour les conventions d'occupation du domaine public : CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, 338527, *Rec.* p. 472 ; *BJCP* 2011, n° 74, p. 36, concl. N. Escaut ; *Dr. adm.* 2011, comm. 2, note F. Brenet et P. Mellerey ; *Contrats et marchés publ.*, 2011, repère 2, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *JCP G*, 2011, II, p. 282, note A. Chaminade ; *RDI* 2011, p. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou ; *CP-ACCP*, mars 2011, n° 108, p. 62, note X. Bigas et J. Leron ; *AJDA* 2011, 18, note E. Glaser ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 3, note G. Eckert ; *CP-ACCP*, janvier 2011, n° 106, p. 56, note P. Hansen.

¹⁴⁸¹ CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *Rec.* p. 17 ; *AJDA* 2010, 239 ; *ibid.* 561, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; *D.* 2010, 506, et les obs. ; *Constitutions* 2010, p. 410, obs. P. De Baecke ; *RTD eur.* 2010, 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, repère 3, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *BJCP* 2010, n° 70, p. 189, concl. N. Boulouis ; *RJEP* 2010, comm. 23, concl. N. Boulouis ; *Dr. adm.* 2010, comm. 54, note F. Melleray ; *JCP Adm.* 2010, 2068, note F. Linditch.

¹⁴⁸² CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc. – CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc. – CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, préc.

¹⁴⁸³ Art. 28-III du Code des marchés publics.

¹⁴⁸⁴ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001, p. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011, 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001, p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin – CJCE, ord., 3 déc. 2001, *Bent Moustén Vestergaard c/ Spottrup Boligselskab*, aff. C-59/00, *Rec.* p. I-9505, pt. 19 ; *Dr. adm.* 2002, comm. 83 ; *RD Union européenne*, 2002, p. 157, note R. Klages ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. n° 166, Ph. Delelis – CJCE 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7287, pts 16 à 19 ; *AJDA* 2005, 1541 ; *ibid.* 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 280, note W. Zimmer – CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

¹⁴⁸⁵ Cf. *Infra*, §2.

II : La liberté d'accès comme fondement à l'obligation de détermination préalable des besoins.

La liberté d'accès fonde l'existence des procédures de sélection du cocontractant. À ce titre, elle oblige l'autorité adjudicatrice à évaluer préalablement ses besoins dès lors qu'elle envisage d'externaliser une activité économique. En effet, c'est la détermination des besoins qui dévoile l'existence obligatoire d'une procédure de passation et en conditionne le choix. Par conséquent, elle a une influence déterminante sur l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. Dès lors, la liberté d'accès est directement liée à la définition préalable des besoins.

Les besoins sont « *les prestations que le pouvoir adjudicateur souhaite obtenir de son cocontractant pour mener à bien son projet* »¹⁴⁸⁶. La détermination des besoins est une étape fondamentale du processus d'achat public, puisqu'elle conditionne l'ensemble du déroulement de la future procédure de passation¹⁴⁸⁷. En effet, « *le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder, en amont, à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure* »¹⁴⁸⁸. Ainsi, « *à partir du moment où la mise en concurrence est obligatoire, l'acheteur public est contraint de définir ses besoins* »¹⁴⁸⁹. Dès lors, par cette détermination, l'autorité adjudicatrice définit le marché pertinent et les conditions de son accès. Elle pose les fondements de la future mise en concurrence et les conditions pour l'intégrer. Ainsi, « *l'exercice est essentiel, car une définition incomplète ou erronée des besoins fausserait la mise en concurrence et entraînerait une mauvaise utilisation des deniers publics* »¹⁴⁹⁰. À cet égard, la détermination des besoins est érigée en véritable règle de droit, obligeant ainsi l'autorité adjudicatrice à y procéder avec attention¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁶ G. PELLISSIER, concl. sur CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n° 363007, consultable sur le site du Conseil d'Etat, p. 9.

¹⁴⁸⁷ Cf. *Supra*. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁴⁸⁸ *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, p. 17.

¹⁴⁸⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 369.

¹⁴⁹⁰ B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* n°10, octobre 2004, étude 9.

¹⁴⁹¹ Il est à noter que pour certaines procédures de passation ou certains types de contrat, l'obligation de déterminer préalablement les besoins est amoindrie. C'est le cas dans les situations où l'autorité adjudicatrice, en raison de la complexité du projet, n'est pas en mesure de définir elle-même ses besoins (la complexité du projet est par exemple un des critères du recours au contrat de partenariat : art. L1414-2 du CGCT). Des procédures de passation spécifiques permettent à l'autorité adjudicatrice de préciser ses besoins par un dialogue avec les

Cette obligation prend tout son sens en droit des marchés publics, ces contrats ayant pour objet exclusif de satisfaire aux besoins de l'autorité adjudicatrice¹⁴⁹². Cette exigence se retrouve dans une moindre mesure dans les autres textes relatifs à la passation des contrats de la commande publique¹⁴⁹³. La nouvelle directive sur les marchés publics renforce la nécessité de la définition des besoins¹⁴⁹⁴, soulignant ainsi son importance. Il existe donc une véritable obligation de déterminer préalablement les besoins, dont le juge contrôle le bien-fondé¹⁴⁹⁵, une violation de cette obligation pouvant conduire à l'annulation de la procédure de passation¹⁴⁹⁶. C'est le cas par exemple lorsqu'une définition des besoins erronée conduit

candidats. C'est le cas de la procédure de dialogue compétitif, dont l'objet « *est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins* » (art. 67 du code des marchés publics).

¹⁴⁹² Art. 1 du Code des marchés publics : « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». L'article 5 dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence (...)* Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins » (nous soulignons). Deux obligations découlent clairement de cet article : l'autorité adjudicatrice doit déterminer ses besoins, à l'avance, avec précision ; le contrat objet de la procédure de passation doit répondre exclusivement à ces besoins – Art. 30 de l'ordonnance 2015-899 préc. : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ».

¹⁴⁹³ Pour les marchés publics non soumis au Code des marchés publics : art. 10 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 – Pour les concessions de travaux : art. L.1415-5 du Code général des collectivités territoriales – Pour les beaux emphytéotiques hospitaliers : art. L.6148-2 du Code de santé publique – Pour les contrats de partenariat : art. L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales relatif à l'évaluation préalable. L'évaluation préalable doit être transmise à l'organe délibérant pour qu'il se prononce sur le contrat, et ce avant l'enclenchement de la procédure de passation – Pour les concessions d'aménagement : art. R.300-5 et art. R.300-11-5 du Code de l'urbanisme – Pour les délégations de service public, l'exigence est moins claire, nous pensons toutefois qu'elle existe. Les articles R1411-1 et R1411-2 du Code général des collectivités territoriales exigent en effet qu'il soit fait mention, dans la publicité, des « *modalités de présentation de ces offres* » ainsi que « *les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* », ce qui oblige *in fine* le délégataire à définir l'ensemble de ces caractéristiques avant la publicité. La jurisprudence sur la publicité confirme cette hypothèse : v. notamment CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugué ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹⁴⁹⁴ Art. 29 à 34 de la directive 2014/24/UE préc.

¹⁴⁹⁵ CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, n° 368846 ; *AJDA* 2013. 1946 ; *BJCP* 2014. 43, concl. B. Dacosta ; *AJCT* 2014. 113, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 280, note J.-P. Piétri. Il est à noter que le juge procède à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Pour le juge judiciaire, voir par exemple Cass., Com., 26 mai 2009, *Société neuf Cegetel c/ La Poste*, n° 08/14535.

¹⁴⁹⁶ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693, *Rec.* p. 503 ; *D.*, 1998, obs. Ph. Terneyre ; *RDI*, 1998, 242., obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

l'autorité adjudicatrice à adopter une procédure de passation moins contraignante que celle qui devait légalement être suivie¹⁴⁹⁷.

Le principe sur lequel doit être contrôlée et sanctionnée la détermination des besoins est la liberté d'accès à la commande publique¹⁴⁹⁸. Pourtant, le fondement utilisé par le juge reste majoritairement celui d'une violation des obligations de publicité incombant à l'autorité adjudicatrice¹⁴⁹⁹. Le juge sanctionne cette dernière sur le fondement d'une « *imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures* »¹⁵⁰⁰, donc sur un manquement aux obligations de publicité. Une distinction s'impose : la détermination des besoins ne doit pas être confondue avec la publicité préalable, qui retranscrit les besoins de l'autorité adjudicatrice. La définition préalable peut être parfaitement exécutée, mais retranscrite de manière insuffisante dans la publicité. Dans ce dernier cas, il est évident que le juge se place sur le terrain de la transparence, le peu d'information ne permettant pas aux candidats de proposer une offre répondant aux besoins de l'autorité adjudicatrice¹⁵⁰¹. Mais souvent, l'insuffisance du contenu de la publicité résulte directement d'une carence dans la définition préalable des besoins. Dans ce cas, l'insuffisance de la publicité n'est qu'une conséquence directe d'une mauvaise détermination des besoins. Le juge n'a alors pas à se placer sur le fondement de la violation des obligations de publicité, mais sur des considérations plus en amont de la procédure de passation.

La détermination des besoins se situant dans le premier temps de la commande publique, elle entre dans les fonctions économiques de la liberté d'accès à la commande publique. Cette

¹⁴⁹⁷ CE, 13 février 1987, *Bonhenry*, n° 47571 – CE, 8 janvier 1992, *Préfet, Commissaire de la république du département des Yvelines*, n° 85439 ; *RFDA* 1993, 247. concl. M. Pochard – CE, 29 mai 2013, *Société Delta Process*, n° 365954 ; *BJCP* 2013. 377, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2013. 1196, obs. D. Poupeau.

¹⁴⁹⁸ Pour une thèse contraire, voir notamment B. DACOSTA, concl. sur CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n° 368846, *BJCP* n° 92, 2014, p. 43 : l'auteur affirme que la détermination des besoins « *peut avoir pour objet ou pour effet de tenir en échec les principes généraux du droit de la commande publique* » – F. LINDITCH, « La définition du besoin », *Cahier de droit de l'entreprise* n°5, septembre 2007, dossier 31 : « *cette rigidité s'explique par les principes de la commande publique : les opérateurs économiques doivent être informés du besoin pour pouvoir proposer leur offre (liberté d'accès) ; ils doivent pouvoir accéder à l'ensemble des informations nécessaires pour y répondre (égalité de traitement) ; enfin, ils seront autorisés à vérifier que l'offre retenue satisfait effectivement le besoin annoncé, et pas un autre (transparence)* ».

¹⁴⁹⁹ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, préc. – CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143, *Rec. T.* 819 et 856 ; *AJDA* 2009. 54, note Labayle-Pabet et Gardères ; *Contrats et marchés publ.* 2008. comm. 226, note J.-P. Piétri ; *RDI* 2008. 503, obs. R. Noguellou – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque*, n° 310380 ; *AJDA* 2009. 614 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, n° 36, note F. Olivier – CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Société Dalkia France*, n° 354355, *Rec. p.* 88 ; *AJDA* 2012. 524., obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 145, comm. J.-P. Piétri – CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, n° 12DA00780 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 67, comm. G. Eckert.

¹⁵⁰⁰ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, préc.

¹⁵⁰¹ Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

définition du besoin « *ayant des conséquences sur l'ouverture à la concurrence ultérieure* »¹⁵⁰², il est évident que la liberté d'accès sert de fondement aux règles qui y sont relatives. De cette définition dépendent les conditions d'accès à la future mise en concurrence, ainsi que les modalités de leur mise en œuvre¹⁵⁰³. Par conséquent, par une détermination des besoins erronée, l'autorité adjudicatrice peut, volontairement ou involontairement, entraver l'accès de certains candidats potentiels à la mise en concurrence en vue de l'obtention du contrat. Il convient donc de penser la détermination des besoins en fonction de l'accès des candidats potentiels intéressés à la mise en concurrence. Il est à noter que l'autorité adjudicatrice ne peut pas procéder à la conclusion d'un avenant pour « rattraper » une définition des besoins lacunaire, s'il remet en cause les conditions initiales de mise en concurrence¹⁵⁰⁴.

Pour résumer, la liberté d'accès à la commande publique dispose d'une première fonction économique, celle de rendre obligatoire les procédures de passation, afin que les soumissionnaires potentiels puissent accéder à une mise en concurrence. Ce principe est donc à la charge de l'autorité adjudicatrice qui passe le contrat. Cette dernière est en position de demandeur, « *d'opérateur-régulateur* »¹⁵⁰⁵. En ce sens, elle « *joue son rôle de régulateur, c'est-à-dire qu'elle organise la concurrence sur le marché* »¹⁵⁰⁶. La liberté d'accès contraint également le législateur, qui doit prévoir des procédures de passation dans les textes relatifs aux contrats de la commande publique. Les juges de droit interne et de droit de l'Union européenne veillent au respect du principe en sanctionnant les textes ou les comportements des autorités adjudicatrices qui entravent l'accès des candidats potentiels. C'est d'ailleurs essentiellement à cette dernière catégorie de personnes que bénéficie cette fonction de la liberté d'accès. En plus de justifier l'existence d'une procédure, la liberté d'accès a également pour fonction d'en déterminer les conditions d'accès.

¹⁵⁰² L. RICHER, *op. cit.*, p. 392.

¹⁵⁰³ Cet aspect de la détermination des besoins ressort d'une décision du Conseil d'État, qui affirme que « *la communauté urbaine de Dunkerque et la Ville de Dunkerque n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure* » : CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque*, n° 310380 ; *AJDA* 2009. 624 ; *JCP A* 2008, 2040, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 36, note F. Olivier.

¹⁵⁰⁴ CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, n° 165075 ; *RDI* 1996. 370, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *Dr. adm.* 1996, comm. 521 – V. également : CAA Marseille, 30 mars 2004, *Société Carlson Wagonlit Travel*, n° 02MA00706 ; *AJDA* 2004. 1648, note S. Hul.

¹⁵⁰⁵ J.-P. GOHON, « Le code des marchés publics est-il toujours un code de mise en concurrence ? », *Marchés publ.*, n°234, Juin 1988, p. 11.

¹⁵⁰⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 685.

Paragraphe 2 : Une fonction économique essentielle dans la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.

La liberté d'accès à la commande publique justifie l'existence des procédures de passation. Elle en détermine également les conditions d'accès. En ce sens, c'est au moyen de la liberté d'accès que l'autorité adjudicatrice doit déterminer le type de procédure qu'elle entend mettre en œuvre. En outre, c'est également à l'aune de ce principe que les différentes conditions que les candidats potentiels doivent remplir afin d'accéder à la mise en concurrence sont déterminées. Ainsi, la liberté soulève la question de savoir « qui peut se porter candidat ». D'une part, l'autorité adjudicatrice ne doit pas entraver l'accès des soumissionnaires potentiels au marché pertinent constitué par le futur contrat **(A)**. Si tel est le cas, elle porte atteinte au principe de liberté d'accès. En effet, ce principe a pour objectif *« d'éviter que l'on empêche l'accès à la procédure de passation à une entreprise ou une personne déterminée ou à un type identifiable de personnes sans que cela soit justifié de façon suffisante »*¹⁵⁰⁷. D'autre part, la liberté d'accès ne disposant pas d'un caractère absolu, elle doit pouvoir faire l'objet de certaines limitations afin que l'autorité adjudicatrice dispose d'une marge de manœuvre dans la conduite de la procédure **(B)**. En effet, *« le bon sens commande que n'importe quelle entreprise ne puisse venir concourir à n'importe quel marché (ce qui est au demeurant la preuve que la liberté d'accès à la commande publique n'est qu'un principe relatif) »*¹⁵⁰⁸. Il ne s'agira pas, dans les développements qui suivent, de détailler les différents éléments des conditions d'accès à la procédure¹⁵⁰⁹, l'objectif étant seulement de démontrer que c'est au moyen de la liberté d'accès qu'il convient de déterminer et d'encadrer ces conditions.

¹⁵⁰⁷ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 700.

¹⁵⁰⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'enclave des papes*, BJCP n° 70, p. 203.

¹⁵⁰⁹ Les conditions d'accès à la procédure réunissent énormément d'éléments pouvant chacun faire l'objet d'un développement important. Il n'est possible à cet égard de faire preuve d'exhaustivité.

A : L'étendue de la fonction de détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.

Dans le cadre de la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence, la liberté dispose de deux fonctions essentielles. D'une part, elle contraint l'acheteur à organiser une procédure de passation dont les conditions n'entravent pas de manière injustifiée l'accès des soumissionnaires potentiels (I). Ainsi, « *l'appel à candidature ne doit pas être de nature à dissuader certains opérateurs de soumissionner* »¹⁵¹⁰. D'autre part, elle doit assurer une publicité suffisante « *dans l'espace* »¹⁵¹¹, pour permettre aux candidats potentiels intéressés par le futur contrat de prendre connaissance de l'existence d'une procédure de mise en concurrence (II). Ainsi, la liberté d'accès implique « *un libre accès à l'information. Le plus grand nombre de candidats virtuellement intéressés doit pouvoir connaître l'intention de la personne publique* »¹⁵¹² de conclure un contrat de la commande publique. Ces deux fonctions assurent conjointement une ouverture du marché de la commande publique à la concurrence.

I : Une fonction prohibant les entraves dans l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence.

L'organisation préalable de la procédure de passation doit être conduite dans le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique. L'autorité adjudicatrice, dans la mesure du possible, doit donc minimiser les conditions qui sont susceptibles d'entraver certains candidats potentiels à la mise en concurrence. Dès lors, lorsqu'elle détermine ses besoins, l'autorité adjudicatrice ne doit pas retenir des spécifications techniques susceptibles d'entraver l'accès des candidats à la mise en concurrence (a). Pour certains contrats, il existe une obligation d'allotir les prestations, ou la possibilité de constituer des groupements d'entreprises ainsi que de recourir à la sous-traitance, afin de favoriser l'accès des PME à la mise en concurrence (b). La détermination de la durée (c) et la question de l'accès des personnes publiques ou semi-publiques à la commande publique (d) sont autant d'éléments

¹⁵¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Collectivités publiques et concurrence – Rapport public 2002*, La doc. Fr., Coll. Études et documents, p. 284.

¹⁵¹¹ F. LICHERE, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur la procédure adaptée est-il adaptée ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

¹⁵¹² A. CLAEYS, note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, RDP 2006, n° 4, p. 1078.

que la liberté d'accès régle. La méconnaissance intentionnelle du principe de liberté d'accès, dans ce cadre, peut constituer un délit d'octroi d'avantage injustifié (e).

a : L'encadrement du choix des spécifications techniques.

Dans le cadre des marchés publics de travaux, les spécifications techniques sont « l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges et définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice »¹⁵¹³. Pour les autres types de marchés publics, ce sont des « prescriptions définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service »¹⁵¹⁴. Les spécifications techniques ont pour objet de « permettre au pouvoir adjudicateur de décrire avec le plus de précision possible les caractéristiques des prestations objet d'un marché et de faciliter à chaque candidat la formulation de son offre de telle sorte qu'elle soit le mieux adaptée aux besoins exprimés »¹⁵¹⁵. Elles sont formulées soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles¹⁵¹⁶. Elles doivent être justifiées et ne doivent pas être trop précises ou trop orientées et avoir pour effet de bloquer l'accès de certains opérateurs économiques à la mise en concurrence¹⁵¹⁷. Ainsi, l'autorité adjudicatrice doit « définir de manière objective les caractéristiques d'un produit ou d'une prestation faisant l'objet de transactions »¹⁵¹⁸, et ne doit pas modifier le contenu de ces caractéristiques

¹⁵¹³ 1° de l'art. 1 de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, *JORF* n°199 du 29 août 2006, p. 12764.

¹⁵¹⁴ 2° de l'art. 1 de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, préc.

¹⁵¹⁵ J.-P. PIETRI, note sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n° 257545, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 286.

¹⁵¹⁶ Art. 6 du Code des marchés publics : « I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées : 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ; 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ». – CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10, pt. 61 : « à titre liminaire, il importe de relever, d'une part, que, aux termes de l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18, les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, lesquelles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ».

¹⁵¹⁷ CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, n° 152484, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 1995. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 68, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy.

¹⁵¹⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 395.

en cours de procédure¹⁵¹⁹. En outre, un défaut dans la définition des spécifications techniques peut constituer un délit de favoritisme¹⁵²⁰.

L'étude du droit positif révèle que le régime des spécifications techniques doit être élaboré et contrôlé à l'aune du principe de liberté d'accès à la commande publique. La définition des spécifications techniques peut être un moyen pour l'autorité adjudicatrice d'entraver la concurrence, en exigeant des produits ou des techniques particuliers, non accessibles à tous. Selon la Cour de justice, « *les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence* »¹⁵²¹. Or, par référence à un mode ou procédé de fabrication particulier, d'une provenance ou origine déterminée, par référence à une marque ou un brevet, l'autorité adjudicatrice est susceptible de limiter fortement l'accès à la commande publique à un nombre important de candidats potentiels. Les spécifications techniques « *peuvent être des moyens de discrimination, des systèmes fermés de réservation de marchés à des entreprises connaissant les normes risquent de se constituer* »¹⁵²². C'est pour cette raison que le droit interne exige que les spécifications techniques ne soient pas de nature à créer des obstacles à l'ouverture des marchés à la concurrence¹⁵²³. Elles ne peuvent avoir pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits¹⁵²⁴.

Le droit dérivé de l'Union européenne s'intéresse fortement à la réglementation des spécifications techniques, au titre du principe de reconnaissance mutuelle¹⁵²⁵. L'objectif est

¹⁵¹⁹ CJUE, 16 avril 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, aff. C- 278/14 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 139, note M. Ubaud-Bergeron.

¹⁵²⁰ TGI Paris, Ord. 9 février 2010, *SAS01DB-Metravib c/ Association Bruitparif*, n° 10/51306 : « *l'article 6, chapitre II du Code des marchés publics édicte que les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à un marché, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits* » – TGI Marseille, 29 avril 2013, n° 08000622836.

¹⁵²¹ CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10, pt. 62.

¹⁵²² L. RICHER, *op. cit.*, p. 396.

¹⁵²³ Art. 6-III du Code des marchés publics : « *les spécifications techniques mentionnées au I permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Chaque fois que possible, elles sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou, pour tous les utilisateurs, des critères de fonctionnalité* ».

¹⁵²⁴ CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, n° 350431, *Rec.* p. 447 ; *AJDA* 2011. 1868 et 2508, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser ; *RJEP* 2012, comm. 48, concl. B. Dacosta ; *Contrat et marchés publ.* 2011, comm. 316, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 96, note F. Brenet ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2036, note F. Linditch.

¹⁵²⁵ CJCE, 17 décembre 1981, *Produits biologiques*, aff. C-272/80, *Rec.* p. 3277 – CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France*, aff. C-184/96, *Rec.* p. I-6197.

similaire à celui du droit interne, puisque « *les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché et n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence* »¹⁵²⁶. En effet, « *à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne font pas référence à une fabrication ou une provenance déterminée ou à un procédé particulier, qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni à une marque, à un brevet, à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits* »¹⁵²⁷. La nouvelle directive sur les concessions évoque également des règles relatives aux spécifications techniques¹⁵²⁸. Les exigences sont moins détaillées mais l'objectif est identique : elles ne doivent pas avoir pour objet d'entraver la concurrence. Pour éviter toutes entraves dans l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, les autorités adjudicatrices doivent ajouter la mention « ou équivalent » lorsqu'elles visent un produit ou une méthode spécifique, afin de ne pas discriminer ou dissuader les éventuels candidats¹⁵²⁹. L'autorité adjudicatrice peut exiger un label¹⁵³⁰, mais sous des conditions assez strictes énumérées à l'article 43¹⁵³¹ de la directive 2014/24 et à l'article 61 de la directive 2014/25.

¹⁵²⁶ Art. 42, 2. de la Directive 2014/24/UE.

¹⁵²⁷ *Idem.*

¹⁵²⁸ Art. 36 de la Directive 2014/23/UE préc.

¹⁵²⁹ CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93, *Rec.* p. I-157, pt. 27 : « *le fait de ne pas ajouter la mention « ou équivalent » après le terme UNIX peut non seulement dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à UNIX de soumissionner à l'appel d'offre, mais peut aussi entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, (...), en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le système spécifiquement indiqué* ».

¹⁵³⁰ Voir à ce titre : G. CANTILLON, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », *Contrats publics*, n° 144, p. 28.

¹⁵³¹ Art. 43 de la directive 2014/24 :UE préc. : « *lorsque les pouvoirs adjudicateurs souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, ils peuvent (...) exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, à condition que l'ensemble des conditions suivantes soient respectées: a) les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché; b) les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires; c) le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées, telles que les organismes publics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, les distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer; d) le label est accessible à toutes les parties intéressées; e) les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive. (...) Les pouvoirs adjudicateurs qui exigent un label particulier acceptent tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label. Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par le pouvoir adjudicateur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le pouvoir adjudicateur accepte d'autres moyens de preuve appropriés* ».

Ainsi, la définition des spécifications techniques participe à la création du marché pertinent en contribuant à la délimitation de la future mise en concurrence. De ce fait, elle entre dans la fonction économique initiale de la liberté d'accès à la commande publique. Surtout, elle peut avoir pour effet de restreindre sensiblement la concurrence en limitant le nombre de soumissionnaires potentiels pouvant accéder à la procédure de passation du contrat, ou en ayant pour effet de réserver le marché à certains types d'entreprises. Dans ce cadre, la définition des spécifications techniques à l'aune de la liberté d'accès permet la création et le maintien d'une concurrence saine et loyale. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice doit définir les spécifications techniques en tenant compte de l'accès éventuel de tous les soumissionnaires potentiellement intéressés par le futur contrat.

b : L'obligation d'allotir, les groupements d'entreprises et la sous-traitance.

Certaines dispositions spécifiques sont adoptées sur le fondement de la liberté d'accès, afin de favoriser l'accès de certains opérateurs économiques aux procédures de mise en concurrence. C'est le cas de l'allotissement, des groupements d'entreprises et de la sous-traitance.

L'allotissement peut se définir comme « *une technique permettant de diviser en plusieurs lots - confiés, le cas échéant, à plusieurs entreprises - la réalisation d'une prestation globale* »¹⁵³². C'est un moyen mis en place en droit des marchés publics¹⁵³³ pour favoriser l'accès de certains soumissionnaires potentiels à la commande publique : les PME¹⁵³⁴. L'article 10 du Code des marchés publics dispose qu'« *afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés. (...) Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot* ». Ainsi, lorsqu'une autorité adjudicatrice décide de passer un marché

¹⁵³² L. AYACHE, « Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allotir ? », *AJDA* 2009, p. 1240.

¹⁵³³ Il est à noter que l'obligation d'allotir ne concerne pas les marchés publics de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics : CE, 23 décembre 2011, *Établissement public aménagement Euroméditerranée*, n° 351505, *Rec. T.* p. 1007 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 41, note W. Zimmer. Toutefois, cette exclusion est vouée à s'éteindre depuis l'adoption de la nouvelle ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics.

¹⁵³⁴ Voir notamment : L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 396-397 : l'allotissement « *permet de faciliter l'accès des PME* » – M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : « Contrat public et Union européenne » », *RFDA* 2014, p. 418 – O. DIDRICHE, « La réforme des directives marchés : objectifs et stratégies de la Commission européenne », *AJCT* 2012, p. 592 – A. MENEMENIS, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA* 2006, p. 1754.

public, elle doit le diviser en lots et doit procéder à une passation lot par lot. À cet égard, elle ne peut passer un marché global. Cela permet aux petites entreprises, qui ne peuvent fournir qu'une partie des prestations, à candidater à la conclusion d'un marché public. Les entreprises générales ne disposent ainsi plus d'un monopole sur les marchés publics d'une certaine importance¹⁵³⁵.

L'allotissement est désormais codifié en droit de l'Union européenne, dans la directive sur les marchés publics¹⁵³⁶. L'autorité adjudicatrice garde la possibilité de passer un marché global si elle estime que « *la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* »¹⁵³⁷. La conclusion d'un marché global est donc dérogatoire¹⁵³⁸. Si le pouvoir adjudicateur y a recours, il doit apporter la justification du non-allotissement¹⁵³⁹. Si le recours au marché global n'est pas justifié, le marché est entaché d'irrégularité¹⁵⁴⁰. À ce titre, le juge administratif opère un plein contrôle de la décision d'allotir ou non le marché¹⁵⁴¹, ainsi que la limitation du nombre de lot par soumissionnaire¹⁵⁴². En revanche, il opère un contrôle de

¹⁵³⁵ Le Conseil d'État a considéré que l'allotissement n'est pas discriminatoire à l'égard des entreprises générales : CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, n° 297711, *Rec.* p. 298 ; *RDI* 2008, p. 44, note R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 240, note W. Zimmer ; *RJEP* 2008, p. 10, note Moreau ; *JCP A* 2007, 2213, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, 1593, note J.-D. Dreyfus ; *RLCT* 2007, p. 16, note N. Symchowicz, P. Le Bouëdec et Ph. Proot.

¹⁵³⁶ Art. 46 de la Directive 2014/24/UE préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet* ».

¹⁵³⁷ Art. 10 du Code des marchés publics.

¹⁵³⁸ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *Rec.* p. 382 ; *AJDA* 2003, 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis.

¹⁵³⁹ CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine de Nantes Métropole*, n° 319949, *Rec. T.* p. 832 ; *BJCP* 2009, n° 67, p. 451, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009, 2181, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 348, comm. F. Olivier.

¹⁵⁴⁰ CE, 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, n° 328803, *Rec. T.* p. 832 ; *JCP A* 2010, 2311, comm. F. Linditch ; *RDI* 2010 p. 155, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 60, note F. Olivier – CE, 23 juillet 2010, *Conseil régional de la Réunion*, n° 338367, *Rec. T.* p. 847 ; *AJCT* 2010, 77, note S. Hul ; *JCP A* 2010, 2311, comm. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 320, note W. Zimmer – CE, 14 avril 2014, *Commune de Montreuil*, n° 375051 ; *RJEP* 2014, comm. 723, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2014, 825 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 170, note P. Devillers.

¹⁵⁴¹ CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, *Rec. T.* p. 1009 ; *BJCP* 2012, n° 80, p. 9, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 343, note G. Eckert.

¹⁵⁴² CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, n° 363656 ; *BJCP* 2013, n° 89, p. 257, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2013, 439 ; *AJCT* 2013, 298, obs. S. Agresta ; *JCP Adm.* 2013, Actu. 202, obs. L. Erstein ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102, note P. Devillers ; *JCP Adm.* 2013, n° 2261, note F. Linditch.

l'erreur manifeste s'agissant du nombre et de la consistance des lots¹⁵⁴³. En général, « *il apparaît que l'absence d'allotissement est justifiée dans les cas suivants : non divisibilité des prestations, concurrence plus difficile, homogénéité technique, simplification, rapidité d'intervention, économies d'échelle, difficulté d'articulation entre opérateurs multiples, absence de moyens de coordination du pouvoir adjudicateur* »¹⁵⁴⁴. Le recours au marché global reste donc strictement encadré.

C'est sans conteste sur la liberté d'accès à la commande publique qu'est fondée l'obligation d'allotir les marchés publics. Comme l'affirme Marion Ubaud-Bergeron, « *il nous semble toutefois que le principe même de l'allotissement peut, lui, trouver un fondement dans le principe de liberté d'accès à la commande publique* »¹⁵⁴⁵. En atteste l'article 10 du Code des marchés publics, qui dispose que l'obligation d'allotir permet « *de susciter la plus large concurrence* », et que le recours au marché global reste possible si l'allotissement est de nature « *à restreindre la concurrence* ». Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de lot attribué à un soumissionnaire¹⁵⁴⁶ pour « *favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence* »¹⁵⁴⁷. Ainsi, cette technique « *permet de favoriser la concurrence et l'accès à la commande publique dans l'intérêt de l'autorité délégante, des usagers du service public et des contribuables* »¹⁵⁴⁸. L'allotissement permet donc d'organiser une concurrence efficace dans l'octroi des marchés publics. C'est l'obligation d'allotir qui donne la possibilité aux PME, dont l'activité professionnelle est restreinte, d'exercer ou non leur liberté d'accéder au marché pertinent constitué par le futur contrat divisé en lots. Ainsi, l'allotissement est « *considéré de manière classique comme un moyen privilégié d'assurer l'accès des PME à la commande publique et d'améliorer ainsi le jeu de la concurrence* »¹⁵⁴⁹. Par conséquent, cette obligation entre bien dans les fonctions économiques de la liberté d'accès à la commande publique.

¹⁵⁴³ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, comm. P. Devillers.

¹⁵⁴⁴ L. RICHER, *op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁴⁵ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.

¹⁵⁴⁶ CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, préc.

¹⁵⁴⁷ S. AGRESTA, note sous CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, *AJCT* 2013, p. 298.

¹⁵⁴⁸ L. AYACHE, art. préc.

¹⁵⁴⁹ P. DEVILLERS, note sous CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102.

Il en est de même concernant les dispositions relatives aux groupements d'entreprises et à la sous-traitance. Le groupement d'entreprises est un mécanisme prévu à l'article 51 du Code des marchés publics, qui permet à plusieurs entreprises, généralement de moyenne ou petite taille, de présenter conjointement ou solidairement une candidature. Le groupement permet alors à ces entreprises de candidater à des marchés publics dont elles n'auraient pu fournir seule la prestation. À ce titre, le mécanisme du groupement permet de favoriser l'accès des PME à la commande publique¹⁵⁵⁰.

En outre, la sous-traitance, prévue aux articles 112 et suivants du Code des marchés publics, permet un accès indirect de certains opérateurs économiques à la commande publique. Elle est définie par le législateur comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution (...) d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »¹⁵⁵¹. Les PME peuvent ainsi accéder indirectement à la commande publique. À l'inverse de l'allotissement, la liberté d'accès n'oblige pas l'autorité adjudicatrice à admettre les groupements d'entreprises ou la sous-traitance. Elle le permet simplement, ce qui démontre le caractère relatif de la liberté d'accès, et la marge de manœuvre qu'elle peut laisser aux acteurs de la commande publique. Il est à noter que pour les délégations de service public, le Conseil d'État juge que « *la circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique* »¹⁵⁵². Autrement dit, l'obligation de procéder à de telles manœuvres afin de pouvoir candidater ne constitue pas une violation dans le droit d'accéder à la mise en concurrence. En droit des marchés publics, la question n'est toujours pas tranchée¹⁵⁵³.

¹⁵⁵⁰ J.-F. SESTIER, « Le groupement d'entreprises : un outils efficace pour l'accès à la commande publique des PME ? », *Contrats publics* 2014, n° 148, p. 22.

¹⁵⁵¹ Art. 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, art. 7.

¹⁵⁵² CE, 13 juillet 2012, *Commune Aix-en-Provence*, n° 358512 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 285, W. Zimmer.

¹⁵⁵³ Il est considéré que la personne publique ne peut exiger une telle condition : Rép. min n° 23259 : *JOAN Q* 27 octobre 2003, p. 8206 ; *BJCP* 2004, p. 73 – TA Lille, ord., 2 octobre 2008, *Société Dell*, n° 0806154 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 254, note G. Eckert – Pour une solution inverse, v. TA Paris, 14 avril 2007, *Société Dell c/ AP-HP* ; *Mon. TP* 5 oct. 2007, p. 103, suppl. TO, p. 10.

c : La détermination de la durée des contrats de la commande publique.

C'est la liberté d'accès qui contraint l'autorité adjudicatrice, d'une part, à ne pas conclure des contrats pour une durée indéterminée, d'autre part, à fixer une durée d'exécution raisonnable en rapport avec l'objet du contrat. C'est pourquoi la durée des contrats de la commande publique est systématiquement déterminée¹⁵⁵⁴ et doit faire l'objet d'une stipulation expresse¹⁵⁵⁵. Cette limitation de la durée est justifiée par « *la nécessité de ne pas soustraire ces contrats à la concurrence pendant un délai trop important* »¹⁵⁵⁶, et permet de ne pas mettre un cocontractant en situation de position dominante. Ainsi, « *la limitation de la durée du contrat a pour but d'éviter que certains entrepreneurs bénéficient à vie d'une rente tirée de l'exploitation d'un bien ou d'un service* »¹⁵⁵⁷. La nouvelle directive relative aux concessions dispose à ce titre que « *la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement* »¹⁵⁵⁸. La liberté d'accès impose donc une mise en concurrence périodique des contrats de la commande publique, afin que les soumissionnaires potentiels aient régulièrement une chance d'accéder au contrat. Les textes relatifs à la durée¹⁵⁵⁹ répondent ainsi « *à un impératif d'ordre public qui est le libre accès à la commande publique de tous les opérateurs économiques* »¹⁵⁶⁰. Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée fixée par l'autorité adjudicatrice¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁴ R. NOGUELLOU, « La fin du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 341.

¹⁵⁵⁵ CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, n° 07703 ; RDP 1981, p. 523.

¹⁵⁵⁶ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009, p. 246.

¹⁵⁵⁷ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 216.

¹⁵⁵⁸ Directive 2014/23/UE préc., pt. (52).

¹⁵⁵⁹ Art. 16 du Code des marchés publics – art. L1411-2 du Code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public – art. L1414-1 et art. L1414-12 du Code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariats – art. L6148-5-3 du Code de santé publique pour les baux emphytéotiques hospitaliers – art. L300-5 du Code de l'urbanisme pour les concessions d'aménagement.

¹⁵⁶⁰ C. PRÉBISSY-SCHNALL, « Maîtriser la durée d'une convention de délégation de service public », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin*, Mare et Martin, 2014, pp. 441-442.

¹⁵⁶¹ CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, n° 138504, Rec. p. 226 ; RFDA 1994, p. 252, note Ph. Terneyre ; DA 1993, comm. n° 398, obs. F.S.

d : La question de l'accès des personnes publiques ou semi-publiques à la commande publique.

En droit interne, le principe est au départ celui d'une reconnaissance de la liberté d'accès des personnes publiques à la commande publique¹⁵⁶². La candidature de ces dernières, sur le principe, est libre. Cette logique est confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵⁶³. En 2014, le Conseil d'État¹⁵⁶⁴ comme la Cour de justice¹⁵⁶⁵ viennent limiter l'accès des personnes publiques à la commande publique. Même si elles doivent pouvoir bénéficier d'une telle liberté, leur candidature peut être perçue comme étant anti-concurrentielle, du fait de leur statut et de leur solvabilité. Dès lors, en droit interne, les personnes publiques peuvent légalement présenter une candidature à un contrat de la commande publique seulement si elle répond à un intérêt public local¹⁵⁶⁶. La Cour de justice confirme que les États membres peuvent limiter l'accès des personnes publiques à la commande publique, sous certaines conditions. Par conséquent, les personnes publiques ne bénéficient pas d'une liberté d'accès équivalente aux opérateurs économiques classiques.

La candidature des sociétés d'économie mixte (SEM) aux contrats de la commande publique fait aussi l'objet de certains débats. Au départ, cette forme particulière de société était utilisée par les collectivités locales pour conclure des contrats de gré à gré. Le Conseil constitutionnel a sanctionné un tel recours, en considérant que les caractéristiques de ces sociétés ne justifiaient pas qu'elles soient traitées différemment des autres sociétés commerciales¹⁵⁶⁷. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne a refusé aux SEM l'application

¹⁵⁶² CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec.* p. 492 ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 8, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2000. 1066 ; *ibid.* 987, chron. M. Guyomar et P. Collin – CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports*, n° 324156, et n° 324232, *Rec. T.* p. 829 ; *AJDA* 2009. 1402 ; *ibid.* 2006, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010. 146, note G. Clamour ; *BJCP* 2009. 444, concl. F. Lenica ; *Dr. adm.* 2009. 127, note Marson ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. Eckert.

¹⁵⁶³ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl c. Comune di Viano et AGAC*, préc. – CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISMa*, préc. – CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale*, préc.

¹⁵⁶⁴ CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, à paraître au recueil ; *RFDA* 2015, 57, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2015. 7. ; *AJDA* 2015, 449., chron. J. Jessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *AJCT* 2015. 58., note E. Royer ; *JCP A* n° 6, 2015, comm. 2030, comm. H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 36, note L. de Fournoux ; *Dr. adm.* 2015, comm. 7, note F. Brenet.

¹⁵⁶⁵ CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 37, note G. Eckert.

¹⁵⁶⁶ Sur cette notion, v. T. ROMBAUTS, *L'intérêt public local*, thèse dactyl., Montpellier, 2014.

¹⁵⁶⁷ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Rec.* p. 14 ; *D.* 1994. 285, obs. H. Mais ; *RFDA* 1993. 902, étude D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC* 1993. 375, note L. Favoreu.

de l'exception *in house*¹⁵⁶⁸. Par conséquent, à l'instar d'un opérateur économique ordinaire, les SEM devaient candidater de manière classique aux contrats de la commande publique. Souffrant d'une présomption de favoritisme du fait d'un lien privilégié avec une personne publique, les SEM étaient susceptibles de faire l'objet d'une véritable discrimination au profit des sociétés commerciales classiques¹⁵⁶⁹. En d'autres termes, la liberté d'accès de ces sociétés n'était plus, dans les faits, assurée.

Afin de pallier à ces difficultés, est introduite, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, la technique des partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI). Entendue par la Commission européenne comme « *une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions* »¹⁵⁷⁰, cette technique permet de choisir un partenaire privé au moyen d'une procédure de mise en concurrence, afin de créer une société à capital mixte, pour lui confier ensuite la prestation d'un marché public ou d'une concession sans avoir à respecter à nouveau une procédure de mise en concurrence. Cette technique est ensuite transposée en droit interne, non sans quelques difficultés soulignées par le Conseil d'État¹⁵⁷¹, par la création des sociétés publiques locales (SPL)¹⁵⁷² puis, surtout, des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)¹⁵⁷³.

¹⁵⁶⁸ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, préc.

¹⁵⁶⁹ G. ECKERT, « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives. La problématique communautaire », *RFDA* 2005, p. 959.

¹⁵⁷⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, communication interprétative du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C[2007]6661.

¹⁵⁷¹ CE, avis, sect. de l'administration, 1^{er} décembre 2009, n° 383264, *EDCE* 2010, p. 353 ; *Contrats et marchés publ.* 2010. Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteaux – H. HOEPFFNER, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés », *Contrats et marchés publ.* 2010, ét. 11.

¹⁵⁷² Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697.

¹⁵⁷³ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte locales à opération unique, *JORF* 2 juillet 2014, p. 10897 – F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPPI à la française », *Contrats et marchés publ.* 2014, Repère 1 – G. CLAMOUR, « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 214 – R. NOGUELLOU, « La « SEMOP » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique », *RDI* 2014, p. 561 – G. ECKERT, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA* 2014, p. 1941 – M. MARQUES, Ph. GONZAGUE, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », *Dr. adm.* 2014, ét. 15 – C. DEVÈS, « La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », *JCP A* 2014, p. 2266.

Dorénavant, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, une SEMOP¹⁵⁷⁴. Le partenaire privé est sélectionné après une procédure de publicité et de mise en concurrence¹⁵⁷⁵. La SEMOP est ensuite constituée pour une durée limitée, dispose d'un objet unique résidant dans les prestations confiées, et est dissoute de plein droit au terme du contrat¹⁵⁷⁶. Ces dispositions remettent à l'ordre du jour la technique du recours aux sociétés d'économie mixte, tout en protégeant le principe de liberté d'accès des opérateurs économiques classiques, dans la mesure où le choix de l'actionnaire privé doit faire l'objet d'une procédure de passation et que l'objet de la SEMOP ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat¹⁵⁷⁷. Toutefois, cette technique peut mettre à mal les PME, en ce sens que « *le recours à un tel montage devrait avoir pour effet de favoriser la candidature de grands groupes intégrés et de reléguer les PME au rôle de sous-traitant* »¹⁵⁷⁸. Les exemples relatifs à la candidature des personnes publiques ou semi-publiques démontrent que le principe de liberté d'accès est fréquemment tiraillé entre deux intérêts distincts, qui amènent le pouvoir normatif et le juge à rechercher un juste équilibre dans l'application de ce principe.

e : Une fonction de protection de l'accès à la mise en concurrence par la reconnaissance du délit d'octroi d'avantage injustifié.

Le droit des contrats de la commande publique fait l'objet d'un phénomène de moralisation de l'achat public depuis la fin du XX^{ème} siècle¹⁵⁷⁹. C'est dans ce contexte que le législateur adopte la loi du 3 janvier 1991¹⁵⁸⁰, qui crée une nouvelle incrimination, le délit d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme. Par la suite, le législateur adopte une série de dispositions visant à renforcer le système répressif, faisant ainsi du juge pénal un nouvel acteur chargé de la moralisation des marchés publics¹⁵⁸¹. La pénalisation des

¹⁵⁷⁴ Art. L1514-I du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁷⁵ *Idem*.

¹⁵⁷⁶ Art. L1541-III du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁷⁷ Art. L1514-I du Code général des collectivités territoriales.

¹⁵⁷⁸ G. ECKERT, art. préc. p. 1949.

¹⁵⁷⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁵⁸⁰ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF* n°4 du 5 janvier 1991, p. 236.

¹⁵⁸¹ C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 223, 2002, p. 17.

achats publics est ainsi perçue comme l'un « *des phénomènes les plus remarquables qui ait affecté le droit administratif ces dernières années* »¹⁵⁸². Ce délit est constitué, notamment, lorsque l'autorité adjudicatrice méconnaît les règles relatives à liberté d'accès à la commande publique. À ce titre, ce principe exerce une fonction de protection de l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence.

Seules peuvent être poursuivies les personnes limitativement énumérées à l'article 432-14 du Code pénal¹⁵⁸³. Pour que le délit soit constitué, il est indispensable que l'agent public procure un avantage injustifié à autrui¹⁵⁸⁴, et méconnaisse une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité entre les candidats aux marchés publics et aux délégations de service public¹⁵⁸⁵. C'est sur la liberté d'accès que portent les développements qui suivent¹⁵⁸⁶.

Tout comportement visant à procurer ou tenter de procurer un avantage injustifié à un candidat et qui méconnaît le principe de liberté d'accès à la commande publique constitue un délit d'octroi d'avantage injustifié. Globalement, toutes les dispositions du Code des marchés publics visant à garantir l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence entrent dans le champ d'application de l'article 432-14 du Code pénal¹⁵⁸⁷. Ainsi, constitue un avantage injustifié le fait, pour un pouvoir adjudicateur, d'attribuer un marché de gré à gré, alors qu'une procédure de passation obligatoire est prévue par les textes¹⁵⁸⁸. Dès lors, est poursuivi le maire qui autorise des travaux sans mise en concurrence préalable, favorisant ainsi l'opérateur économique qui les réalise¹⁵⁸⁹. Est également coupable d'un tel délit le président d'un conseil général qui permet l'obtention d'un marché par une entreprise en ne respectant pas les dispositions du Code des marchés publics relatives aux seuils des marchés publics¹⁵⁹⁰. Une atteinte aux dispositions relatives à l'allotissement, dans l'objectif de faire échapper le

¹⁵⁸² J.-B. AUBY, « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », *Dr. adm.*, 1997, repère 1.

¹⁵⁸³ Il s'agit d'une « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées* ».

¹⁵⁸⁴ Art. 432-14 du Code pénal.

¹⁵⁸⁵ *Idem.*

¹⁵⁸⁶ La méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats dans le cadre du délit d'octroi d'avantage injustifié est étudiée dans le chapitre suivant.

¹⁵⁸⁷ Cass. Crim., 12 novembre 1998, n° 97-85.333.

¹⁵⁸⁸ *Idem.*

¹⁵⁸⁹ Cass. Crim., 29 juin 2011, n° 10-87.498 ; *AJDA* 2011. 1410 et 2015, note R. Mésa.

¹⁵⁹⁰ Cass. Crim., 22 janvier 2014, n° 13-80.759 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 86, note J.-P. Pietri.

marché aux procédures formalisées pour l'attribuer à l'entreprise de son choix, constitue également un délit de favoritisme¹⁵⁹¹.

Est également considéré comme un délit d'avantage injustifié le fait d'insérer, dans les clauses techniques, des clauses qui ne peuvent être remplies que par une seule entreprise¹⁵⁹². Cette manœuvre a clairement pour objectif d'entraver l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence. Le recours injustifié à des procédures négociées sans mise en concurrence, suite à un appel d'offre infructueux déclaré de façon abusive, dans le but de favoriser une entreprise, constitue également un tel délit¹⁵⁹³. Enfin, la conclusion d'un avenant en cours d'exécution bouleversant l'économie générale du contrat, dans l'objectif de favoriser l'entreprise attributaire, est pénalement répréhensible¹⁵⁹⁴.

Par conséquent, le principe de liberté d'accès a pour fonction d'encadrer et de protéger l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence. Il contraint également l'autorité adjudicatrice à opérer une publicité lui permettant de faire connaître son intention de conclure le contrat à un nombre suffisant de candidats potentiels.

II : Une fonction conditionnant la dimension horizontale de la publicité initiale d'appel à la concurrence.

La publicité *ex ante*, exécutée avant la mise en concurrence effective, découle des fonctions de la liberté d'accès à la commande publique. Cette publicité permet aux opérateurs économiques d'être informés de l'existence d'une procédure de passation débouchant sur la conclusion d'un contrat de la commande publique. Plus les supports de publicité sont larges, plus un nombre conséquent de soumissionnaires potentiels est susceptible de participer à la procédure. À cet égard, « *la mesure de publicité doit avoir un champ suffisamment large afin que tous les candidats potentiels, c'est-à-dire les soumissionnaires susceptibles d'être*

¹⁵⁹¹ Cass. Crim., 13 décembre 2000, n° 99-86876 ; *Bull. crim.* 2000, n° 374 – Cass. Crim., 28 janvier 2004, n° 02-86597 ; *Bull. crim.* 2004, n° 23 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 92, note M. Véron ; *JCP G* 2004, II, 10084, note F. Linditch – Cass. Crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503. – Cass. Crim., 26 janvier 2005, n° 04-82.542. – Cass. Crim., 29 juin 2005, n° 00-84.602. – Cass. Crim., 13 septembre 2006, n° 05-83.159 – Cass. Crim., 17 décembre 2008, n° 08-82319 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 36, note M. Véron.

¹⁵⁹² Cass. Crim., 30 juin 2004, n° 03-85946 – Cass. Crim., 20 mai 2009, n° 08-87354.

¹⁵⁹³ Cass. Crim., 23 mai 2007, n° 06-87898.

¹⁵⁹⁴ Cass. Crim., 6 avril 2005, n° 00-80.418.

intéressés par le contrat, soient informés de l'existence d'une procédure de sélection et de l'opportunité d'emporter un contrat à son issue »¹⁵⁹⁵. Ainsi, la publicité « horizontale »¹⁵⁹⁶ permet une ouverture du marché (au sens économique du terme) à la concurrence¹⁵⁹⁷, en incitant les opérateurs économiques à participer à la procédure. Ce sont d'ailleurs « *les effets microéconomiques de la publicité, correspondant au nombre d'entreprises ciblées* »¹⁵⁹⁸, qui incitent la Cour de justice de l'Union européenne à se saisir de la dimension horizontale de la publicité. La Cour considère qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre doit avoir accès aux informations adéquates relatives au contrat avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que « *si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession* »¹⁵⁹⁹. Lorsque le contrat n'entre pas dans le champ d'application des directives, il doit faire l'objet d'une publicité de dimension européenne s'il présente un intérêt transfrontalier, c'est-à-dire s'il est susceptible d'intéresser des opérateurs économiques d'un autre État membre de l'Union¹⁶⁰⁰. Dans ce cas, la publicité doit être « *insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants* »¹⁶⁰¹ pouvant être intéressés par le contrat, si, compte tenu de ses caractéristiques, il est susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres États membres de l'Union.

La liberté d'accès, au moyen de la publicité, poursuit donc un objectif d'accès à la mise en concurrence. L'accès à la procédure suppose que les entreprises potentiellement intéressées aient été informées de l'intention de la personne publique de conclure un contrat. Plus la publicité est large, plus l'accès à la procédure est important. Sans publicité, les candidats qui remplissent les conditions prédéterminées par la personne publique ne peuvent exercer leur liberté d'accéder à la procédure. Ainsi, « *la publicité dans l'espace* »¹⁶⁰² est fondamentale

¹⁵⁹⁵ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 236.

¹⁵⁹⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 206.

¹⁵⁹⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

¹⁵⁹⁸ A. CLAEYS, note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, préc.

¹⁵⁹⁹ CJCE 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, préc.

¹⁶⁰⁰ CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 3, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 2116 et 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 40, obs. R. Noguellou.

¹⁶⁰¹ CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2009. 1889, note F. Train ; *RFDA* 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux ; *Dr. adm.* 2009, comm. 68, note L. Battoue ; *BJCP* 2009. 268, concl. B. Dacosta, obs. Ch. M. ; *RLCT* 2009, n° 1403, note A. Sée ; *JCP Adm.* 2009. 2148, note F. Dieu ; *RDP* 2010. 217, art. G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 182, note P. Soler-Couteaux.

¹⁶⁰² F. LICHERE, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur la procédure adaptée est-il adaptée ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat *Région Nord-Pas-de-Calais* du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

dans la création d'une concurrence saine et loyale, et la liberté d'accès contraint l'autorité adjudicatrice à assurer une publicité suffisante auprès des personnes ayant vocation à être candidates.

Le caractère fondamental de la publicité dans l'accès à la mise en concurrence explique pourquoi les modalités qui y sont relatives sont extrêmement encadrées par les textes¹⁶⁰³. Le non-respect de ces modalités est sanctionné par le juge¹⁶⁰⁴. La question est plus délicate lorsque les textes laissent le soin à l'acheteur public de décider des modalités de la publicité. C'est le cas des marchés publics à procédure adaptée¹⁶⁰⁵. Pour ce type de marché, les modalités de la procédure « *sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur* »¹⁶⁰⁶. Dans ce cadre, le juge administratif, sans imposer un « standard » dans la publicité¹⁶⁰⁷, veille au respect du principe de liberté d'accès à la commande publique. La décision du Conseil d'État du 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*¹⁶⁰⁸, est un exemple probant. Le juge y affirme que « *si la personne responsable du marché est libre (...) de déterminer (...) les modalités de publicité (...) appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle* »¹⁶⁰⁹. Le pouvoir adjudicateur doit ainsi tenir compte de l'ensemble de ces données pour décider des supports de publicité, dans le respect des principes de la commande publique. Cela implique que « *l'acheteur public ne doit pas seulement tenir compte du montant du marché, mais aussi de considérations qualitatives. Il lui incombe notamment de se demander, si la spécialité professionnelle dont il a besoin est courante, si elle est répandue dans son environnement géographique immédiat ou si, au*

¹⁶⁰³ Pour les marchés publics : art. 40 et s. du Code des marchés publics – Pour les délégations de service public : art. L1411-1 et R1411-1 du Code général des collectivités territoriales – Pour les contrats de partenariat : art. L1414-3 et D1414-1 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions de travaux : art. R1415-3 et s. du Code général des collectivités territoriales.

¹⁶⁰⁴ V. notamment CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633, *Rec.* p. 301, concl. S. Lasvignes – CE, 14 mars 1997, *Préfet des Pyrénées-Orientales contre département des Pyrénées Orientales*, n° 170319, *Rec. T.* p. 931.

¹⁶⁰⁵ Art. 28 du Code des marchés publics.

¹⁶⁰⁶ *Idem.*

¹⁶⁰⁷ D. CASAS, concl. sur CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, *JCP A* 2005, n° 44, comm. 1345.

¹⁶⁰⁸ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n°278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, n° 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

¹⁶⁰⁹ L'art. 28 du Code des marchés publics reprend cette logique : « *lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

*contraire, elle est rare ou en tout cas dispersée sur une large zone géographique. Ces éléments, on le comprend, sont à la base d'une concurrence effective. Si on veut réellement mettre en concurrence les entreprises, il faut encore savoir où sont celles qui intéressent, de manière à ajuster, de façon adéquate, les procédures de publicité »*¹⁶¹⁰. Le pouvoir adjudicateur doit donc prendre en compte la portée économique du marché pour déterminer les modalités de publicité des marchés à procédure adaptée. Dans ce cas, il respecte la logique d'ouverture à la concurrence issue du principe de liberté d'accès à la commande publique.

La liberté d'accès a donc pour fonction d'encadrer la détermination des conditions d'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. À ce titre, l'autorité adjudicatrice ne doit pas adopter des conditions qui ont pour effet d'entraver l'accès de certains de ces candidats à la procédure de passation. Toutefois, ce principe ne dispose pas d'un caractère absolu et peut faire l'objet de certaines limites.

B : Les limites à la fonction de détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.

Ainsi que l'affirme Olivier Frévo, « *choisir pertinemment sans exclure arbitrairement, tel pourrait être la devise qui accompagne le principe de liberté d'accès à la commande publique* »¹⁶¹¹. En principe, sur le fondement de la liberté d'accès à la commande publique, tout opérateur économique peut se porter candidat¹⁶¹². Ce principe « *signifie que tous les entrepreneurs ou fournisseurs appartenant à la profession dont relève le marché soumis à une adjudication doivent être admis à participer à celle-ci en déposant des soumissions* »¹⁶¹³. Cependant, il ne faut jamais déduire qu'un « *feu vert autorise tous les excès* » car « *si la voie est libre, la vitesse reste par ailleurs limitée, ou, si l'on préfère, la conduite demeure encadrée* »¹⁶¹⁴. La liberté d'accès ne s'applique pas dans sa forme

¹⁶¹⁰ D. CASAS, concl. préc.

¹⁶¹¹ O. FRÉVOT, « Fasc. 635 : PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS . – Principes fondamentaux » *JCL A*.

¹⁶¹² Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, édition de septembre 2014, site internet de la Direction juridique du ministère de l'économie et des finances, p. 50.

¹⁶¹³ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 597.

¹⁶¹⁴ J. ARRIGHI de CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du nord*, n° 147962, inédit, pp. 10 et 11.

absolue¹⁶¹⁵, et connaît par conséquent certaines limites. C'est le cas par exemple lorsque l'autorité adjudicatrice décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre¹⁶¹⁶. Dans ce cas, « *on se trouve ici en présence, non plus de simples restrictions apportées à la liberté d'accès, mais d'une véritable élimination de ce principe* »¹⁶¹⁷. De manière générale, les limitations à la liberté d'accès résident essentiellement d'une part, dans l'existence de critères de sélection des candidatures¹⁶¹⁸ (I), et d'autre part, dans la réglementation sur les interdictions de soumissionner (II).

I : L'obligation de déterminer des critères de sélection des candidatures.

Lors de la préparation de la procédure, l'autorité adjudicatrice définit des critères de sélection des candidatures, qui limitent le nombre d'opérateurs économiques pouvant participer à la mise en concurrence. À cet égard, la liberté d'accès n'a qu'un caractère relatif, dans la mesure où l'autorité adjudicatrice n'est pas dans l'obligation d'accepter toutes les candidatures qui lui sont soumises. Toutefois, ce principe encadre le choix de ces critères, et contraint l'autorité adjudicatrice à ne pas entraver l'accès à la mise en concurrence d'un trop grand nombre d'opérateurs économiques.

Les critères de sélection des candidatures « *sont toutes les conditions posées par l'administration à l'admission d'un candidat à participer à la procédure de sélection* »¹⁶¹⁹. Ils concernent essentiellement les capacités professionnelles, techniques ou financières¹⁶²⁰ des candidats¹⁶²¹. L'autorité adjudicatrice doit pouvoir vérifier la capacité des candidats à exécuter les obligations nées du futur contrat. Ces conditions d'admission sont vérifiées lors de la sélection des candidatures, après le contrôle formel visant à éliminer les candidats dont

¹⁶¹⁵ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 597 : « *dans sa forme absolue, le principe de liberté d'accès devrait donc impliquer qu'aucune catégorie de particulier se rattachant à la profession intéressée n'est exclue des opérations d'adjudication ni ne peut en être exclue par une mesure générale ou spéciale émanant de l'administration qualifiée pour ouvrir une adjudication* ».

¹⁶¹⁶ C'est le cas dans le cadre de l'appel d'offre restreint : art. 60 du Code des marchés publics.

¹⁶¹⁷ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 617.

¹⁶¹⁸ Voir à ce titre : « Critères et sous-critères dans les marchés publics », Dossier spéc., *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 25 et s.

¹⁶¹⁹ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶²⁰ Il est à noter que la nouvelle directive 2014/24 préc. limite le chiffre d'affaire pouvant être demandé aux candidats, et ce afin de faciliter l'accès des PME.

¹⁶²¹ L'autorité adjudicatrice est dans l'obligation d'évaluer ces trois catégories de capacité : CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 303779, *Rec. T.* p. 808 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 125, obs. J.-P. Pietri – CE, 29 avril 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 344617, *Rec. T.* p. 1005 ; *BJCP* 2011. 268, concl. N. Boulouis.

le dossier n'est pas complet. Afin que l'autorité adjudicatrice ne puisse entraver l'accès des opérateurs économiques pour des motifs non justifiés par l'objet du contrat, le choix des critères de sélection des candidatures est encadré par les textes¹⁶²². Pour les marchés publics, il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées par l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs¹⁶²³. Toute demande de documents ne figurant pas dans cette liste est susceptible d'entraîner l'irrégularité de la procédure¹⁶²⁴. À ce titre, le juge exerce un contrôle du choix des critères de sélection des candidatures, afin de vérifier si la personne publique n'entrave pas l'accès de certains soumissionnaires potentiels. Lorsque l'autorité adjudicatrice impose une exigence qui a pour effet de restreindre l'accès des candidats au contrat, elle doit s'assurer, selon le Conseil d'État, qu'elle « *est objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser* »¹⁶²⁵. Par conséquent, tout critère subjectif qui a pour effet de restreindre la concurrence, comme par exemple le caractère local de l'entreprise¹⁶²⁶, ou sa taille¹⁶²⁷, est irrégulier¹⁶²⁸, sauf

¹⁶²² Pour les marchés publics : art. 45 du Code des marchés publics : « *le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager (...) La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché (...) Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur* ». Pour les délégations de service public : art. 8 et art. 9 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi no 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal, *JORF* n°126 du 1 juin 1997 p. 8653 ; Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales : « *la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* ».

¹⁶²³ Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, *JORF* n°199 du 29 août 2006 p. 12766 – CE 11 avril 2014, *Ministre de la Défense c/ Société Legrand Bâtisseurs*, n° 375245 ; *BJCP* 2014. 341, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 171, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2014, comm. 44 note F. Brenet.

¹⁶²⁴ CE, 13 novembre 2002, *OPHLM de la communauté urbaine du Mans*, n° 245303, *Rec. T.* p. 780 ; *BJCP* 2003. P. 116, concl. D. Piveteau, obs. Ch. M – CE, 21 novembre 2007, *Département de l'Orne*, n° 291411, *Rec. T.* p. 940 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 6, note F. Olivier.

¹⁶²⁵ CE, 30 juin 2004, *Ministre de l'Équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer*, n° 261919, *Rec. T.* p. 851 ; *AJDA* 2004. 1771, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 192, obs. J.-P. Piétri – CE, 17 novembre 2006, *ANPE*, n° 290712, *Rec. T.* p. 947 ; *AJDA* 2007. 257, note D. Subra de Bieusses ; *Dr. adm.* 2007. comm. 23, note Alonso ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 4, note W. Zimmer – CE, 6 mars 2009, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n° 315138 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 173, obs. W. Zimmer – CE, 14 décembre 2009, *Commune La Roche-sur-Yon*, n° 325830 ; *BJCP* 2010, p. 98, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 87, obs. G. Eckert – CAA Douai, 21 février 2013, *Société Véolia Propreté Nord Normandie*, n° 11DA00939.

¹⁶²⁶ CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, n° 131562, *Rec. T.* p. 767.

¹⁶²⁷ CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, préc.

considération particulière tenant à l'objet du marché. Il est à noter que dans un souci d'accès des entreprises à la commande publique, la nouvelle directive sur les marchés publics¹⁶²⁹ simplifie la présentation des candidatures, en réduisant les lourdeurs administratives pouvant constituer des obstacles à la participation de certains opérateurs économiques, notamment les PME¹⁶³⁰. L'article 58 de la directive liste également, de manière limitative, les critères devant être choisis par l'autorité adjudicatrice.

Les critères de sélection des candidatures et les pièces devant être fournies par les candidats doivent être publiés dans la publicité initiale¹⁶³¹, même lorsqu'un texte ne prévoit pas une telle obligation¹⁶³². Le Conseil d'État a jugé récemment que l'autorité adjudicatrice n'est en revanche pas tenue d'informer les candidats sur les conditions de mise en œuvre des critères, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, « *si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats* »¹⁶³³. En d'autres termes, la publicité de cette information devient nécessaire lorsqu'elle est susceptible d'élargir le champ de la concurrence.

Le principe utilisé dans le contrôle du choix des critères de sélection des candidatures est dans la plupart des cas le principe d'égalité¹⁶³⁴. Pourtant, c'est bien sur le fondement de la liberté d'accès que doit être contrôlé ce choix. Les critères ne doivent pas avoir pour effet de restreindre la concurrence, en entravant l'accès de certains soumissionnaires à la procédure de passation. Le juge doit vérifier si le choix opéré par l'autorité adjudicatrice ne porte pas

¹⁶²⁸ CE, 10 juin 2009, *Société Baudin Châteauneuf*, n° 320037, *Rec. T.* p. 829 : « *qu'il en résulte que la SOCIÉTÉ BAUDIN CHATEAUNEUF n'est fondée à soutenir, ni que le département aurait méconnu le caractère limitatif des informations et documents énumérés à l'article D. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, ni qu'il aurait introduit, par cette demande de mémoire, un critère subjectif dans la sélection des candidatures* ».

¹⁶²⁹ Directive 2014/24/UE préc.

¹⁶³⁰ Il est prévu la création d'un document unique de marché européen (DUME) en vue de simplifier la présentation des candidatures. Cons. 84 de la directive 2014/24 : « *de nombreux opérateurs économiques, et en particulier les PME, estiment que les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics. Limiter ces exigences, par exemple en utilisant un document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée, pourrait conduire à une simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques* ».

¹⁶³¹ CE, 26 mars 1931, *Sieur Helbling et Vary*, n° 2925, *Rec. p.* 377 – CE, 21 novembre 2007, *Département du Var*, n° 300992, *Rec. T.* p. 940 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 5, note W. Zimmer.

¹⁶³² CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec. p.* 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14.

¹⁶³³ CE, 10 avril 2015, *Société Automatismes Corses*, n° 387128 ; *AJDA* 2015. 728, note D. Poupeau ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 140, note G. Eckert.

¹⁶³⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 399.

atteinte à la liberté d'accès des candidats potentiels dont la compétence correspond à l'objet du contrat. À ce titre, l'article 51 de la nouvelle ordonnance sur les marchés publics confirme que les critères de sélection des candidatures sont des « *conditions de participation à la procédure de passation* ». La question d'une éventuelle rupture d'égalité entre candidats ne doit être mise qu'au second plan, et n'est qu'une conséquence d'une restriction à la concurrence.

Les critères de sélection des candidatures constituent donc une limite relative au principe de liberté d'accès à la commande publique. La législation sur les interdictions de soumissionner constitue une limite absolue à ce principe.

II : Les interdictions de soumissionner.

La liberté d'accès à la commande publique n'est pas un principe absolu, car il existe des limites à son application. Une des principales restrictions à la possibilité de se porter candidat à l'attribution d'un contrat de la commande publique réside dans les interdictions de soumissionner. Ainsi, « *il résulte du principe de la liberté d'accès à la commande publique que tout opérateur économique peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public, à l'exception toutefois des opérateurs économiques placés sous l'effet d'une interdiction de soumissionner* »¹⁶³⁵. Ces exclusions légales de la commande publique sont expressément prévues pour les marchés publics¹⁶³⁶, pour les contrats de partenariat¹⁶³⁷ et pour les concessions de travaux publics¹⁶³⁸. Un opérateur économique ne peut se porter candidat s'il fait l'objet, dans les cinq ans, d'une condamnation pénale définitive, s'il est en état de liquidation ou de redressement judiciaire, s'il n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou s'il fait l'objet d'une interdiction administrative de postuler à l'attribution des contrats administratifs. Le législateur a récemment ajouté deux cas

¹⁶³⁵ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* p. 2600, pt. 11.1.

¹⁶³⁶ Le code des marchés publics, dans son art. 43, renvoie à la liste des interdictions établie par l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

¹⁶³⁷ Art. L.1414-4 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁶³⁸ Art. 9 de l'Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics qui renvoie à la liste des interdictions établie par l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

d'interdiction de soumissionner : les personnes ayant été condamnées pour des motifs liés à la discrimination¹⁶³⁹ ou pour méconnaissance des dispositions en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes¹⁶⁴⁰, ne peuvent se porter candidat à l'attribution de certains contrats¹⁶⁴¹ de la commande publique¹⁶⁴². Avec ladite loi, les interdictions de soumissionner de l'ordonnance du 6 juin 2005 sont étendues aux délégations de service public de l'État et de ses établissements publics.

La réglementation en droit interne doit respecter le régime européen des interdictions de soumissionner, qui est expressément prévu par la législation européenne. Les nouvelles directives prévoient ainsi plusieurs cas d'exclusion dans l'accès à la commande publique¹⁶⁴³, repris par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics¹⁶⁴⁴. Certains cas d'exclusion doivent obligatoirement être mis en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices des États membres, notamment tous les cas de condamnation pénale les plus graves¹⁶⁴⁵. D'autres interdictions de soumissionner restent facultatives et à la discrétion des États membres. La liste des interdictions de soumissionner prévues par les directives est exhaustive¹⁶⁴⁶. Néanmoins, les États membres peuvent prévoir des causes d'exclusions supplémentaires, si elles sont compatibles avec les objectifs et principes poursuivis par le droit de l'Union européenne et si elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs¹⁶⁴⁷. Les conditions de mise en œuvre de ces cas d'exclusion doivent également respecter le principe de proportionnalité¹⁶⁴⁸.

¹⁶³⁹ Art. 225-1 du Code pénal.

¹⁶⁴⁰ Art. L. 1146-1, L. 1142-1 et L. 1142-2 du Code du travail.

¹⁶⁴¹ Ces nouveaux cas d'interdiction de soumissionner sont applicables aux contrats de partenariats de l'Etat et de ses établissements publics, aux marchés publics, aux délégations de service public.

¹⁶⁴² Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* p. 12949.

¹⁶⁴³ Art. 57 de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 80 de la Directive 2014/25/UE préc.

¹⁶⁴⁴ Art. 45 de l'ordonnance 2015-899 préc.

¹⁶⁴⁵ Le caractère obligatoire de certaines exclusions est perceptible par les termes impératifs employés par la directive : « *Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi* » ; « *L'obligation d'exclure un opérateur économique* ».

¹⁶⁴⁶ CJCE, 9 février 2006, *La Cascina e. a.*, aff. C-226/04 et 228/04, *Rec.* p. I-1347 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 100, note W. Zimmer

¹⁶⁴⁷ CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec.* p. I-9999 ; *AJDA* 2009. 252 ; *JCP A* 2009, 2189, note O. Dubois ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 35, note W. Zimmer ; *RDI* 2009. 244, note R. Noguellou – CJUE, 19 mai 2009, *Assitur Srl*, aff. C-538/07, *Rec.* p. I-04219 ; *AJDA* 2009. 1543 ; *JCP A* 2010, chron. 2078, comm. O. Dubois ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 227, note W. Zimmer ; *RDI* 2009. 423, note R. Noguellou.

¹⁶⁴⁸ CJUE, 10 juillet 2014, *Consortio Stabile Libor Lavori pubblici c/ Cne Milan*, aff. C-358/12 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 257, note W. Zimmer.

La réglementation relative aux interdictions de soumissionner révèle la fonctionnalité de la liberté d'accès. Ce principe n'a pas un caractère absolu, puisqu'il ne peut empêcher les pouvoirs normatifs de prévoir certaines hypothèses d'interdiction de soumissionner à un contrat de la commande publique. Ce caractère relatif de la liberté est logique, l'accès à la mise en concurrence ne devant pas s'opérer au détriment de la qualité et de la probité des candidatures. Par conséquent, l'application de la liberté d'accès passe par la recherche d'un équilibre entre un intérêt économique, celui de l'ouverture à la concurrence, et un intérêt général. De fait, les interdictions de soumissionner ne doivent pas être perçues comme des sanctions ou des peines aux dépens de certains candidats potentiels. Elles doivent être analysées comme des gardes fous aux déviations possibles d'une application sans restriction de la liberté d'accès. C'est la conception que retient la Cour de cassation à l'occasion du contrôle du caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 sur les interdictions de soumissionner¹⁶⁴⁹. La Cour dénie le caractère sérieux de la question « *en ce que les dispositions contestées, qui n'instituent pas de sanctions ayant le caractère d'une punition, mais qui ont pour objet d'assurer l'intégrité et la moralité des candidats à l'accès aux marchés prévus par l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005, ne méconnaissent pas, à l'évidence, les droits et principes que la Constitution garantit. D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel* ». L'exercice de la liberté d'accès passe donc par la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et la protection de l'intérêt général¹⁶⁵⁰.

En outre, ces exclusions sont strictement encadrées par les textes et la jurisprudence, puisque la personne responsable de l'achat ne peut opposer une exclusion non explicitement prévue par les textes. La réglementation sur les interdictions de soumissionner est une matière législative, ce qui révèle l'importance qu'acquière ce principe en droit de la commande publique. Les juges de l'Union européenne comme les juges nationaux, lorsque les exclusions sont autorisées ou obligatoires, contrôlent l'application qui en est faite par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁹ Cass., Crim., 6 avril 2011, *Société Média Track*, n° 11-90.009, *Bull. crim.* 2011, n° 72 ; *AJDA* 2011. 869.

¹⁶⁵⁰ *Idem.*

¹⁶⁵¹ Il est à noter qu'en droit interne, le juge du référé précontractuel est compétent pour se prononcer sur le respect des interdictions de soumissionner : CE, 6 novembre 1998, *Assistance publique - Hôpitaux de Marseille*, n° 194960, *Rec. T.* p. 1098 ; *Mon. TP* 4 déc. 1998, p. 53.

Au titre de sa fonction économique immédiate, le principe de liberté d'accès garantit l'accès des candidats potentiels intéressés par le futur contrat à une mise en concurrence. Il fonde l'existence des procédures de passation et encadre la détermination de leurs conditions d'accès. Principe contraignant à la fois pour les autorités adjudicatrices et les législateurs européen comme français, il bénéficie aux opérateurs économiques potentiels. Il dispose également d'une fonction économique médiate, celle de protéger les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.

Section 2 : Une fonction économique médiate : la protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.

La liberté d'accès, principe initial rattaché au premier temps de la commande publique, détermine les conditions d'accès à la procédure d'attribution afin que tous les soumissionnaires potentiellement intéressés par le contrat puissent accéder à la mise en concurrence. Cette fonction n'est pas effective si les acteurs de la commande publique remettent rétroactivement en cause les conditions initiales d'accès à la procédure, en modifiant le contenu du contrat ou les éléments de la procédure lors des temps ultérieurs à celui de la liberté d'accès. Par conséquent, ce principe exerce une fonction de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, en encadrant ou en prohibant les modifications précontractuelles (**Paragraphe 1**) et contractuelles (**Paragraphe 2**). Il permet ainsi de préserver une concurrence saine et loyale tout au long de la procédure de passation, jusqu'à l'exécution du contrat.

Paragraphe 1 : Une fonction de protection des conditions initiales lors de la mise en concurrence.

La procédure de passation est subdivisée en trois temps distincts : l'accès à la procédure, la mise en concurrence, la finalisation de la procédure¹⁶⁵². Le principe de liberté exerce ses fonctions lors du premier temps de la commande publique, en déterminant les

¹⁶⁵² Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

conditions d'accès à la procédure d'attribution. Une fois ces conditions délimitées, la procédure de passation débute. Lors de la mise en concurrence et de la finalisation de la procédure, les acteurs de la commande publique sont susceptibles de procéder à des modifications du contenu du futur contrat ou des conditions de la consultation. Ainsi, ils peuvent rétroactivement remettre en cause les conditions initiales d'accès à la procédure. Par conséquent, la liberté d'accès doit exercer une fonction de protection de la mise en concurrence initiale, en encadrant ou en interdisant les modifications précontractuelles. En effet, la concurrence n'est plus la même si les acteurs de la commande publique procèdent à des modifications substantielles dans la détermination des besoins ou dans les conditions de la mise en concurrence. Dès lors, la liberté d'accès oblige l'autorité adjudicatrice à ne pas remettre en cause les conditions initiales d'accès à la procédure, sauf à pouvoir en informer en temps utile les opérateurs économiques potentiels pouvant être concernés par les modifications.

La question des modifications intervenant avant l'envoi de la publicité initiale ne sera pas traitée car dans ce cas, l'autorité adjudicatrice est libre de modifier les conditions d'accès à la procédure, dans la mesure où elle n'est pas encore enfermée par la détermination préalable des besoins. Ne sera également pas traitée la question des modifications mineures des éléments communiqués uniquement aux candidats réels, c'est-à-dire aux opérateurs économiques qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence en étant admis à présenter une offre. D'une part, cette hypothèse ne concerne pas les conditions d'accès à la mise en concurrence, qui doivent être communiquées dès le lancement de la procédure, afin que les candidats potentiels aient accès aux informations adéquates pour déposer leur candidature. Ils concernent seulement la mise en concurrence effective, c'est-à-dire le deuxième temps de la commande publique. D'autre part, la modification n'étant pas substantielle, elle n'est pas susceptible d'intéresser les candidats potentiels, c'est-à-dire les bénéficiaires des fonctions du principe de liberté d'accès. Par conséquent, ces modifications, qui intéressent seulement les candidats réels, sont à étudier à l'aune du principe d'égalité de traitement des candidats¹⁶⁵³.

S'agissant des modifications précontractuelles intéressant le principe de liberté d'accès, elles concernent essentiellement deux contrats : les marchés publics, pour lesquels le principe

¹⁶⁵³ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

dispose d'une fonction prégnante (A) ; les délégations de service public, pour lesquelles le principe dispose d'une fonction plus limitée (B).

A : Une fonction prégnante en droit des marchés publics.

La passation des marchés publics est la plus formalisée des contrats de la commande publique. Le Code des marchés publics comporte des règles très précises, qui ne laissent parfois aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice¹⁶⁵⁴. La détermination des besoins et les conditions d'accès à la mise en concurrence sont strictement encadrées¹⁶⁵⁵. Lors de la passation, la liberté d'accès dispose d'une fonction d'encadrement des modifications de ces éléments, afin qu'ils ne puissent être rétroactivement remis en cause.

Dans ce cadre, la teneur des fonctions de la liberté d'accès varie en fonction du moment où intervient la modification précontractuelle. Comme l'affirme Pierre Bourdon, « *plus la procédure de sélection progresse vers le choix du cocontractant, plus la marge de manœuvre de l'administration dans la modification du règlement se rétrécit* »¹⁶⁵⁶. Avant la date de dépôt des candidatures, la liberté d'accès encadre le régime de ces modifications en obligeant l'autorité adjudicatrice à faire connaître à tous les soumissionnaires potentiels les nouvelles conditions d'accès à la mise en concurrence (I). Après le dépôt des candidatures, elle interdit toute modification substantielle qui s'apparente à un nouveau contrat. Dans ce cas, la liberté d'accès oblige l'autorité adjudicatrice à reprendre une nouvelle procédure, afin que les soumissionnaires potentiels qui avaient été dissuadés de candidater puissent exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence (II).

¹⁶⁵⁴ C'est le cas des procédures d'appel d'offre.

¹⁶⁵⁵ Art. 5 et s. du Code des marchés publics.

¹⁶⁵⁶ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 221.

I : L'encadrement souple des modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures.

Lorsque l'autorité adjudicatrice procède, avant le dépôt des candidatures, à des modifications mineures, les conditions d'accès à la mise en concurrence ne sont pas foncièrement modifiées. Dans ce cas, la liberté des soumissionnaires potentiels d'accéder à la procédure n'est pas remise en cause. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice a seulement l'obligation d'envoyer un additif aux entreprises ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner au marché en retirant auprès de l'administration les dossiers de consultation¹⁶⁵⁷. Elle doit également laisser un délai suffisant aux candidats pour élaborer leur dossier si la modification opérée le justifie¹⁶⁵⁸.

La liberté d'accès dispose d'une fonction fondamentale lorsque l'autorité adjudicatrice procède à une modification substantielle de l'objet du marché ou des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. Une modification est substantielle lorsqu'elle influence le comportement des opérateurs économiques, soit concernant les termes de leur offre, soit concernant leur décision d'être ou non candidat¹⁶⁵⁹. Elle influence donc sur leur liberté d'accéder à la procédure, et remet en cause les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. Dans ce cas, la liberté d'accès contraint l'autorité adjudicatrice d'une part, à envoyer un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence initial¹⁶⁶⁰ et, d'autre part, à respecter un nouveau délai de remise des candidatures pour permettre aux entreprises initialement dissuadées de candidater de disposer d'un délai suffisant pour déposer un dossier¹⁶⁶¹. En effet, « *certaines d'entre eux, qui se sont abstenus de soumissionner en raison des caractéristiques initiales du contrat, pourraient être plus intéressés par ses caractéristiques modifiées* »¹⁶⁶². En d'autres termes, la liberté d'accès oblige l'autorité adjudicatrice à recommencer une nouvelle procédure¹⁶⁶³. Une modification

¹⁶⁵⁷ CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

¹⁶⁵⁸ F. LINDITCH, « A propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », *JCP A*, n°14, 29 mars 2004, p. 458.

¹⁶⁵⁹ W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

¹⁶⁶⁰ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n°278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n°287955 – CAA Marseille, 16 octobre 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131.

¹⁶⁶¹ CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, préc.

¹⁶⁶² P. BOURDON, *op. cit.*, p. 240.

¹⁶⁶³ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, préc.

substantielle étant considérée comme une nouvelle définition du contrat ou des caractéristiques de la procédure de passation, il est logique que la liberté d'accès, dans ce cas, exerce ses fonctions initiales. Ainsi, l'autorité adjudicatrice dispose de la possibilité de procéder à des modifications substantielles, à condition qu'elle respecte certaines obligations qui découlent du principe de liberté d'accès à la commande publique. Elle ne dispose plus de cette possibilité après la date de dépôt des candidatures.

II : L'encadrement stricte des modifications intervenant après la date de dépôt des candidatures.

La date de dépôt des candidatures clôt la possibilité pour un opérateur économique de se porter candidat à l'attribution d'un marché public¹⁶⁶⁴. La procédure est considérée comme fermée, dans la mesure où la mise en concurrence ne concerne que les entreprises qui ont effectivement candidaté à l'attribution du marché. Si une modification substantielle intervient, les entreprises qui n'ont pas candidaté mais qui sont susceptibles d'être intéressées par les nouvelles conditions d'accès à la mise en concurrence ne peuvent plus candidater. Elles n'ont ainsi plus la possibilité d'exercer leur liberté d'accéder à la nouvelle mise en concurrence. De plus, l'autorité adjudicatrice ne dispose plus d'un moyen lui permettant de faire connaître cette modification à l'ensemble de ces entreprises, sauf à recommencer la procédure. C'est pourquoi la liberté d'accès interdit les modifications substantielles postérieures à la date de réception des candidatures¹⁶⁶⁵, excepté si l'autorité adjudicatrice déclare la procédure infructueuse et recommence une nouvelle procédure¹⁶⁶⁶ pour permettre aux entreprises qui s'étaient abstenues de candidater de présenter leur offre. Seules de légères adaptations, compléments ou précisions, qui ne reviennent pas sur les conditions initiales de mise en concurrence, sont autorisées¹⁶⁶⁷. Dans certains cas, les modifications, même mineures, sont

¹⁶⁶⁴ Art. 58 du Code des marchés publics pour la procédure d'appel d'offre ouvert – Art. 61 du Code des marchés publics pour la procédure d'appel d'offre fermé – Art. 65 du Code des marchés publics pour la procédure négociée – Art. 67 du Code des marchés publics pour la procédure de dialogue compétitif – Art. 70 du Code des marchés publics pour la procédure de concours.

¹⁶⁶⁵ CE, Sect. 10 janvier 1930, *Sieurs Le Cordenner et Petton*, n° 90390, 90397, *Rec.* p. 44 – CE, 22 avril 1983, *Auffret et autre*, n° 21509, *Rec.* p. 160.

¹⁶⁶⁶ CE, 4 avril 1997, *Comme de l'Île d'Yeu*, n° 147957, *Rec. T.* p. 929 ; *D.* 1998. 230, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1997. 436, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁶⁶⁷ CE, 15 janvier 1986, *Société de l'habitat moderne*, n°37321 – CE, 26 octobre 1994, *SIVOM de Carry-le-Rouet*, n°110959 – CJCE, 12 septembre 1995, *Commission c/ Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-02043 – CE, 4 avril 1997, *Commune Île d'Yeu*, préc. – CE, 23 novembre 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494, *Rec. T.* p. 966 ;

interdites¹⁶⁶⁸. En ce qui concerne l'objet du marché, ni l'autorité adjudicatrice, ni les candidats au moyen de variantes¹⁶⁶⁹, ne peuvent le modifier de manière significative.

Concernant les marchés à procédure adaptée, la solution est similaire. Le pouvoir adjudicateur demeure assez libre quant à l'organisation de la procédure¹⁶⁷⁰. Pour autant, l'autorité adjudicatrice ne peut procéder à une modification substantielle de l'objet du marché pendant la phase de procédure de passation¹⁶⁷¹.

Dans le cadre des marchés publics, la liberté d'accès dispose donc d'une fonction visant à maintenir les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, en encadrant ou en interdisant toute modification qui remet en cause ces conditions. Étant rattachée au premier temps de la commande publique, elle y exerce ses fonctions de manière permanente, en justifiant l'existence des procédures et en déterminant ses conditions d'accès. Dans les autres temps de la commande publique, elle exerce ses fonctions de manière épisodique, uniquement lorsque les acquis du premier temps sont rétroactivement remis en cause. Dans ce cadre, le régime des modifications précontractuelles doit donc être étudié sous l'angle de la liberté d'accès, notamment pour déterminer la notion de modification substantielle, qui n'est pas définie de manière claire par le droit positif. L'étude du régime de passation des délégations de service public amène à un constat identique.

B : Une fonction présente en droit des délégations de service public.

La passation des délégations de service public fait l'objet d'une plus grande souplesse. Pour autant, à l'instar des marchés publics, la liberté d'accès à la commande publique exerce une fonction *a posteriori* de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence lors de la procédure d'attribution. À ce titre, elle contraint l'autorité délégante à

Contrats et marchés publ. 2006, comm. 6, note F. Olivier. – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159, préc. V. également C. EMERY, « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP G*, n° 11, Mars 1999, I. 119.

¹⁶⁶⁸ C'est le cas dans le cadre des procédures d'appel d'offre. Toute modification, même mineure, est interdite : Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁶⁶⁹ CE, 28 juillet 1999, *ORSTOM*, n° 186051, *Rec.* p. 264 – TA Toulouse, ord. 23 avril 2007, n° 0701739.

¹⁶⁷⁰ Art. 28 du Code des marchés publics.

¹⁶⁷¹ TA Caen, 21 décembre 2006, *Préfet de la Manche*, n° 0602284 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 325 – CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

ne pas modifier les conditions d'accès à la procédure de manière trop significative, sauf à remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. Par conséquent, la liberté d'accès encadre les modifications relatives à l'objet de la délégation de service public (I) ainsi que celles relatives aux critères d'attribution, lorsqu'ils sont communiqués aux candidats potentiels avant la date de réception des candidatures (II).

I : Un encadrement des modifications de l'objet de la délégation de service public.

L'autorité délégante doit déterminer à l'avance la nature et l'objet de la délégation de service public, et les mentionner dans la publicité initiale¹⁶⁷². Les conditions d'accès à la procédure dépendent ainsi des éléments présents dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ce dernier constitue par conséquent le document de référence pour l'ensemble de la procédure. Il est possible de s'interroger sur la possibilité pour l'autorité délégante, lors des phases de négociations, de modifier des éléments caractéristiques du futur contrat mentionnés dans la publicité, spontanément ou sur proposition d'un candidat. Il est admis que l'autorité délégante et les candidats disposent d'une grande liberté lors de la négociation des offres¹⁶⁷³. À cet égard, le Conseil d'État précise qu'« aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique »¹⁶⁷⁴. En effet, « il est constant que l'une des particularités des délégations de service public est qu'elles permettent à l'autorité délégante et aux candidats retenus de négocier les clauses du projet de contrat »¹⁶⁷⁵. Dès lors, la négociation peut aboutir à des modifications du futur contrat¹⁶⁷⁶. Pour autant, ces modifications doivent être limitées.

Dans une décision du 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*¹⁶⁷⁷, confirmée par la suite¹⁶⁷⁸, le Conseil d'État affirme que l'autorité

¹⁶⁷² Art. R1411-1 du Code général des collectivités territoriales : la publicité initiale « précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature ».

¹⁶⁷³ Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales : « les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ».

¹⁶⁷⁴ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg et Société Seche Eco Industrie*, n° 336120 et 336135 ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, obs. F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, obs. G. Eckert.

¹⁶⁷⁵ J.-B. VILA, « Les pouvoirs du juge des référés précontractuels sur la négociation d'une délégation de service public », comm. sous CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, *AJDA* 2014 p. 1778.

¹⁶⁷⁶ CE, 29 juillet 1998, *Éditions Dalloz-Sirey*, n° 188686, *Rec.* p. 330 ; *BJCP* 1998, p. 76.

¹⁶⁷⁷ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000, p. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault.

délégante ne peut apporter, au cours de la procédure d'attribution, « *que des adaptations à l'objet du contrat qui sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qui ne présentent pas, entre les candidats, de caractère discriminatoire* ». Ainsi, les modifications ne doivent pas avoir pour effet « *de bouleverser l'économie générale du contrat* »¹⁶⁷⁹. Le juge administratif sanctionne par exemple les modifications qui augmentent de manière significative l'étendue du service public¹⁶⁸⁰, ou qui entraînent une modification trop importante des activités accessoires¹⁶⁸¹. Ainsi, « *la négociation des offres dans le cadre de la procédure de passation des délégations de service public ne permet pas d'apporter au projet initial des modifications trop importantes* »¹⁶⁸². Jusqu'en 2014, rien n'est précisé dans les textes. Désormais, la directive sur les concessions du 26 février 2014¹⁶⁸³ apporte des précisions sur le régime des modifications pouvant intervenir lors de la négociation. L'article 37 indique en effet que « *l'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences minimales ne sont pas modifiés au cours des négociations* ». La directive interdit ainsi les modifications de l'objet et des caractéristiques essentiels de la future concession.

Il est possible de s'interroger sur le fondement de cette réglementation. C'est sans conteste de la liberté d'accès que découle l'obligation de ne pas procéder à des modifications qui ont pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat¹⁶⁸⁴. L'objet et les caractéristiques essentielles de la délégation étant déterminés préalablement à la publicité, ils sont des éléments d'accès à la procédure de passation. Étant mentionnés dans la publicité initiale, ils exercent une influence sur la décision d'un opérateur économique de candidater, donc d'exercer sa liberté d'accéder à la mise en concurrence. Par conséquent, une modification

¹⁶⁷⁸ CE, 29 avril 2002, *Groupeement des associations de l'Ouest parisien*, n° 216902 et n° 241134, *Rec. T.* p. 810 ; *BJCP* 2002, p. 374, concl. C. Bergeal – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159 ; *BJCP* n° 95, p. 292 concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 1778, note J.-B. Vila ; *AJDA* 2014. 422, obs. D. Poupeau – TA Toulon, 4 juillet 2013, *SARL Miramar*, n° 130178.

¹⁶⁷⁹ CE, 29 juillet 1998, *Éditions Dalloz-Sirey*, préc. – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, préc.

¹⁶⁸⁰ CAA Paris, 13 juin 2006, *Commune d'Asnières-sur-Seine*, n° 03PA03602 ; *AJDA* 2006. 1844, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2006. comm. 266, obs. E. Delacour.

¹⁶⁸¹ CAA Nantes, 7 mars 2008, *Ville d'Orléans*, n° 07NT00253 ; *AJDA* 2008. 2243.

¹⁶⁸² G. ECKERT, note sous CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111.

¹⁶⁸³ Directive 2014/23/UE préc.

¹⁶⁸⁴ Pour un avis contraire, v. G. PELLISSIER, concl. sur CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159, *BJCP* n° 95, p. 292 : « *qu'elle le fasse spontanément ou sur proposition d'un candidat, l'autorité délégante ne peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats, modifier au-delà de cette mesure, en cours de procédure, le projet de convention qu'elle leur a soumis* » – J.-B. VILA, art. préc. : « *la principale limite qui en découle est que cette liberté de négociation ne peut contrevenir aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats* ».

substantielle de ces éléments entraîne une violation du principe de liberté d'accès à la commande publique, en remettant en cause les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. Dès lors, ce principe exerce une fonction de protection de ces conditions en limitant les modifications précontractuelles. Il en est de même lorsque sont opérées des modifications des critères d'attribution lors de la procédure de passation.

II : Un encadrement des modifications des critères d'attribution communiqués aux candidats potentiels à la délégation de service public.

L'autorité délégante doit déterminer les critères de sélection des candidatures et des offres pour choisir son futur cocontractant¹⁶⁸⁵. Il est possible de s'interroger sur la question de savoir si elle peut, lors de la procédure, modifier librement les critères d'attribution. Le Conseil d'État, dans une décision *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance* du 20 octobre 2006¹⁶⁸⁶, affirme que « *dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier* ». Par conséquent, s'ils figurent dans la publicité initiale et sont donc connus des candidats potentiels, les critères ne peuvent faire l'objet d'une modification. Cette logique perdure depuis la décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles*¹⁶⁸⁷, dans laquelle est exigée une publicité préalable des critères de sélection. D'une part, l'autorité délégante ne peut retirer ou ajouter un critère d'attribution en cours de procédure¹⁶⁸⁸, d'autre part, elle ne peut modifier le contenu des critères énoncés dans la publicité¹⁶⁸⁹. En d'autres termes, les conditions de sélection des candidatures et des offres ne peuvent être modifiées quantitativement et qualitativement. Lorsque les critères sont connus seulement des candidats réels, c'est-à-dire après la sélection des candidatures, le fondement de l'interdiction de modification des critères d'attribution est l'égalité de traitement¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁵ *Supra*, Section 1.

¹⁶⁸⁶ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas.

¹⁶⁸⁷ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

¹⁶⁸⁸ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, préc.

¹⁶⁸⁹ CAA Paris, 10 avril 2003, *Société Géraud et associés*, n° 99PA4142.

¹⁶⁹⁰ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

S'agissant des modalités de mise en œuvre des critères d'attribution, l'autorité délégante n'a pas l'obligation de les faire connaître dans la publicité préalable¹⁶⁹¹. Lorsqu'elle décide de les faire connaître de son plein gré, elle ne peut librement les modifier au cours de la procédure. La décision du Conseil d'État du 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*¹⁶⁹², apporte des précisions sur ce point. L'autorité délégante peut procéder à une modification uniquement si elle informe les candidats « *en temps utile avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale sur les modalités de mise en œuvre des critères a elle-même été donnée avant le dépôt des candidatures, ou en temps utile avant le dépôt des offres, pour que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale n'a été donnée qu'après le dépôt des candidatures* ». Par conséquent, la personne publique ne peut modifier les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution « *après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures* »¹⁶⁹³. Dès lors, l'administration est tenue de respecter les règles qu'elle s'est elle-même fixée.

Le juge administratif fait découler l'interdiction de modifier les critères d'attribution et leur modalité de mise en œuvre des principes d'égalité et de transparence des procédures¹⁶⁹⁴. Il est vrai que l'obligation d'informer les candidats sur la modification opérée découle du principe de transparence¹⁶⁹⁵. Mais le fondement de la légalité de la modification en elle-même dépend des destinataires qui font l'objet de l'information initiale. Si les critères et leur modalité de mise en œuvre sont connus dès l'engagement de la procédure, au moyen de la publicité préalable, ils déterminent la volonté d'un opérateur économique de participer à la mise en concurrence. Par conséquent, une modification de ces éléments transforme les conditions d'accès à la mise en concurrence, et constitue ainsi une atteinte à la liberté d'accès. Comme l'affirme Jean-Christophe Videlin, ces jurisprudences permettent « *de garantir la libre*

¹⁶⁹¹ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

¹⁶⁹² CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et Marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

¹⁶⁹³ *Idem.*

¹⁶⁹⁴ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, préc. : « *considérant que, dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public* » – CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, préc. : « *que, par suite, lorsque la personne publique a informé les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres, elle ne peut en tout état de cause les modifier après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures* ».

¹⁶⁹⁵ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

concurrence dans la procédure de passation des délégations de service public »¹⁶⁹⁶. Dès lors, c'est sur le fondement du principe de liberté d'accès à la commande publique qu'il convient de contrôler les modifications des critères d'attribution et leurs modalités de mise en œuvre. Si les critères sont connus après la sélection des candidatures, comme c'est le cas dans certaines procédures¹⁶⁹⁷, le contrôle de la modification s'opère au moyen de l'égalité de traitement. En effet, l'information a été communiquée non pas aux candidats potentiels, mais seulement aux candidats réels, qui ont effectivement déposé une candidature. Par conséquent, les modifications opérées ne concernent plus les conditions d'accès à la mise en concurrence, mais sa mise en œuvre effective. L'égalité de traitement, dans ce cas, permet d'empêcher l'autorité adjudicatrice de modifier les critères d'attribution afin d'avantager ou de désavantager un candidat¹⁶⁹⁸.

À cet égard, il convient de revenir sur la jurisprudence *Société Lyonnaise des eaux* du 30 juillet 2014¹⁶⁹⁹, qui concerne l'interdiction de modifier les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution lorsque l'autorité délégante les fait connaître à l'avance. Si ces modalités sont connues avant la date de dépôt des candidatures, les candidats sont informés des modifications avant cette date. Si l'information initiale est donnée après le dépôt des candidatures, les candidats doivent être informés avant le dépôt des offres. L'autorité délégante conserve ainsi la liberté de modifier les modalités de mise en œuvre des critères avant la date de dépôt des offres, sous réserve d'en informer en temps utile les candidats. Comme l'affirme Hélène Hoepffner, « *on aurait pu envisager une solution plus contraignante : celle consistant à lui interdire également de modifier ces modalités de mise en œuvre des critères lorsqu'elles ont été publiées dès l'avis d'appel à la concurrence (et non pas après le dépôt des candidatures). On aurait pu envisager que, dans une telle hypothèse, l'autorité délégante soit tenue de recommencer intégralement la procédure en publiant un nouvel appel à la concurrence* »¹⁷⁰⁰. Cette solution est en effet plus en accord avec le principe de liberté d'accès à la commande publique. Dès lors que les modalités sont connues dans l'avis d'appel public à la concurrence, l'autorité délégante ne doit pouvoir les modifier qu'à la condition de pouvoir en informer, en plus des candidats réels, les soumissionnaires potentiels, qui n'ont pas

¹⁶⁹⁶ J.-C. VIDELIN, « La nécessaire stabilité des critères d'attribution d'une délégation de service public », *AJDA* 2007, p. 311.

¹⁶⁹⁷ C'est le cas notamment des procédures de passation des délégations de service public.

¹⁶⁹⁸ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

¹⁶⁹⁹ CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, préc.

¹⁷⁰⁰ H. HOEPFFNER, note sous CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, *AJDA* 2014, p. 2486.

effectivement candidaté. Cela permet d'aligner le régime des délégations de service public sur celui des marchés publics.

Lors de la mise en œuvre de la procédure de passation, la liberté d'accès exerce une fonction de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, en encadrant ou en prohibant les modifications les remettant en cause. Elle exerce également cette fonction pendant la phase d'exécution du contrat.

Paragraphe 2 : Une fonction de protection des conditions initiales lors de l'exécution du contrat.

Le principe de liberté d'accès à la commande publique justifie l'existence des procédures de passation. Il contraint l'administration à respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence, et restreint sa liberté contractuelle de conclure certains contrats de gré à gré. En déterminant les conditions d'accès à la procédure, il permet au plus grand nombre de soumissionnaires potentiels intéressés de candidater à l'attribution du contrat. La liberté d'accès dispose donc d'une fonction déterminante lors de la phase de passation.

Il est possible de s'interroger sur l'effectivité de la liberté d'accès non pas en période de passation, mais lors de la phase d'exécution du contrat. En toute logique, la réponse est négative si la conclusion du contrat initial n'est soumise à aucune règle. En effet, rien ne justifie que ce principe s'applique lors de l'exécution du contrat sans avoir produit ses effets dans la période précontractuelle. En revanche, la réponse est positive si la conclusion du contrat fait l'objet d'une procédure de passation. Dans ce cas, il existe une relation certaine entre les phases de passation et d'exécution du contrat¹⁷⁰¹, car lors de cette dernière phase, il n'est pas possible de remettre en cause les acquis de la procédure de passation¹⁷⁰². En effet, « l'existence d'une obligation pour l'administration de ne conclure certains contrats qu'après

¹⁷⁰¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2.

¹⁷⁰² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 220 – M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 529 et s. – O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012, p. 13 – C. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDP* 2009, n° 5, p. 1360 – C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *RFDA* 1998, p. 421.

*appel à la concurrence implique que, une fois ces contrats conclus, les parties ne puissent pas les modifier dans des conditions telles que le jeu de la concurrence s'en trouve faussé. Ce qui serait le cas si, après la conclusion de ces contrats, les parties étaient en droit de les modifier de telle manière que le contrat effectivement exécuté n'ait plus grand-chose à voir avec le contrat conclu au terme de la procédure de mise en concurrence »*¹⁷⁰³. La liberté d'accès n'est plus effective si une modification en cours d'exécution est telle qu'elle s'apparente à un nouveau contrat. Dans ce cas, l'existence de ce nouveau contrat implique une nouvelle procédure de passation, donc une nouvelle détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence. À défaut, l'autorité adjudicatrice conclut un contrat de gré à gré. C'est par conséquent la liberté d'accès qui est remise en cause, puisque les candidats potentiels ne peuvent pas accéder à une mise en concurrence en vue d'obtenir le nouveau contrat. Ainsi, les fonctions de la liberté d'accès s'étendent manifestement de la période de passation à la période d'exécution¹⁷⁰⁴. Il convient ainsi de démontrer en quoi la liberté d'accès exerce une fonction déterminante lors de l'exécution du contrat, en encadrant le régime des modifications contractuelles¹⁷⁰⁵ portant sur l'objet et le montant du contrat (A), ainsi que sur les autres éléments du contrat susceptibles de remettre en cause les conditions d'accès initiales (B).

A : Une fonction d'encadrement des modifications portant sur l'objet et le montant du contrat.

La liberté d'accès à la commande publique constitue le fondement de l'encadrement des modifications pouvant intervenir en cours d'exécution du contrat et portant sur l'objet et le montant (I). C'est donc sur le fondement de ce principe que le juge administratif doit contrôler la légalité de ces modifications (II). Il est à noter que les nouvelles directives relatives aux marchés publics¹⁷⁰⁶ et aux concessions¹⁷⁰⁷ encadrent strictement la légalité des avenants, qui étaient préalablement laissés à la libre appréciation du juge¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰³ E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

¹⁷⁰⁴ C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *RFDA* 1998, p. 421.

¹⁷⁰⁵ Voir, à ce titre : M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.* – H. HOEPFFNER, *op. cit.*

¹⁷⁰⁶ Directive 2014/24/UE, préc.

¹⁷⁰⁷ Directive 2014/23/UE préc.

¹⁷⁰⁸ V. notamment sur cette question : H. HOEPFFNER, « l'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 16.

I : La liberté d'accès comme fondement au régime des modifications du contrat.

Lors de l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice dispose de la liberté de procéder à des modifications contractuelles, appelées avenants¹⁷⁰⁹, ou à des modifications unilatérales¹⁷¹⁰. Cette liberté est fortement encadrée lorsque la conclusion du contrat initial fait l'objet d'une mise en concurrence. Cette dernière « *s'impose à la modification du contrat, qui ne saurait avoir pour effet de porter atteinte aux objectifs poursuivis par la mise en concurrence. La mutabilité se trouve conditionnée par une application par ricochet des règles de publicité et de mise en concurrence* »¹⁷¹¹. En effet, « *se pose évidemment la question de la conciliation entre la modification du contrat (...) et le respect des principes fondamentaux de la commande publique pouvant y faire obstacle via la nécessité de relancer une procédure de passation* »¹⁷¹². Pour contourner les règles de publicité et de mise en concurrence, l'autorité adjudicatrice est susceptible « d'aménager » une mise en concurrence afin de sélectionner le cocontractant de son choix. Une fois le contrat conclu, les parties modifient les termes du contrat afin qu'il corresponde aux besoins réels de la personne publique. Les modifications en cours d'exécution peuvent donc être des manœuvres visant à contourner les règles des procédures de passation. Ces manœuvres ne sont évidemment pas acceptables, car elles privent d'effectivité la publicité et la mise en concurrence. C'est pourquoi il existe, pour les contrats de la commande publique, un régime encadrant les modifications en cours d'exécution, dont la liberté d'accès est le fondement.

Une modification est illégale lorsqu'elle entraîne une modification substantielle du contrat¹⁷¹³ ou un bouleversement de son économie générale¹⁷¹⁴. En ce sens, les parties ne peuvent

¹⁷⁰⁹ N. CHARREL, M. GUIBAL, *Code commenté des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 7^{ème} éd., p. 203 : un avenant est « le contrat écrit, constatant l'accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions du contrat antérieur, se distinguant ainsi de l'ordre de service ou d'une décision de poursuivre qui sont des actes unilatéraux ».

¹⁷¹⁰ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178, *Rec.* p. 224 – CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, n° 318617, *Rec. T.* p. 660 ; *RJEP* 2011, comm. 18, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 7, note W. Zimmer. – CE, 5 juillet 2013, *Sté Véolia Transport Valenciennes Transvilles*, n° 367760, *Rec. T.* p. 760 ; *AJDA* 2013. 2452, note P. Schulz ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 262, note J.-P. Pietri.

¹⁷¹¹ M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.*, p. 529.

¹⁷¹² N. CHARREL, T. GASPARD, « Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution », *Contrats Publics*, n° 144, juin 2014, p. 54.

¹⁷¹³ Pour les délégations de service public : CE, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, avis n° 371.234, *EDCE* 2005, p. 197 ; *BJCP* 2006, 107, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *AJDA* 2006. 1371, étude N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats marchés publ.* 2006, ét. 19, comm. H. Hoepffner – CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n° 06PA02278 ; *AJDA* 2007.1524, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 194, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 1524, note A. Tassone – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *Rec.* p. I-2815 ; *AJDA* 2010. 760 ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2010. 385, obs. R. Noguellou ;

procéder à une modification qui s'apparente à un nouveau contrat¹⁷¹⁵. Elles ne peuvent introduire des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue¹⁷¹⁶. Ces règles régissent la modification en cours d'exécution de tous les contrats de la commande publique¹⁷¹⁷ soumis aux principes et à des mesures de publicité et de mise en concurrence¹⁷¹⁸.

C'est le caractère nouveau du contrat qui justifie qu'il soit rétroactivement fait référence aux fonctions de la liberté d'accès à la commande publique. Un nouveau contrat signifie une nouvelle procédure de mise en concurrence, c'est pourquoi il doit « *être soumis aux obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence qu'imposent le droit communautaire et le droit interne* »¹⁷¹⁹. À l'inverse, « *les modifications non substantielles - qui, par définition, ne donnent pas naissance à un nouveau contrat - ne sont soumises à aucune obligation procédurale* »¹⁷²⁰. Lorsque naît un nouveau contrat, c'est la liberté d'accès, principe initial rattaché au premier temps de la commande publique, qui produit d'abord ses effets. Elle justifie l'existence d'une procédure de passation, et en détermine les conditions d'accès à la mise en concurrence.

RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 222, note W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 208, obs. D. Simon ; *RTD eur.* 2011. 429, obs. A. Lawrence Durviaux ; *BJCP* 2010, p. 259, obs. Ch. M.

¹⁷¹⁴ Pour les marchés publics : art. 20 du Code des marchés publics – CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-454/06, *Rec.* p. I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer – CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *Rec.* p. 270 ; *AJDA* 2008. 1407 ; *ibid.* 1816, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *RTD com.* 2009. 87, obs. G. Orsoni ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 187, J.-P. Pietri.

¹⁷¹⁵ CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, n° 03VE04736, *Dr. adm.* 2005, comm. 101 : « *lorsqu'un avenant bouleverse l'économie d'une convention de délégation, il constitue, de ce fait, un nouveau contrat* » – Commission européenne, communication interprétative du 29 avril 2000 relative aux concessions, *JOCE* 2000/C, 121/02, 29 avr. 2000 : une « *modification substantielle doit être assimilée à un nouveau contrat* » – Commission européenne, Livre Vert consacré aux partenariats public-privé du 30 avril 2004, *COM* 2004/0327.

¹⁷¹⁶ CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc.

¹⁷¹⁷ J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 825. Sont visés notamment tous les procédés de partenariat public-privé – H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 254.

¹⁷¹⁸ Commission européenne, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, *COM* (2004), 237 final.

¹⁷¹⁹ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98.

¹⁷²⁰ R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853.

Par conséquent, lorsqu'une modification s'apparente à un nouveau contrat, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de respecter la liberté d'accès en procédant à une nouvelle procédure de passation, dont les conditions d'accès sont différentes du contrat initialement conclu. À défaut, elle conclut un contrat de gré à gré. C'est cette logique qui explique la recevabilité du référé précontractuel intenté avant la signature de l'avenant, pour contester la légalité d'une modification en cours d'exécution¹⁷²¹. Ainsi, c'est bien le principe de liberté d'accès qui fonde le régime encadrant les modifications en cours d'exécution, en protégeant, lors de cette phase, les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. À l'inverse, l'égalité de traitement et la transparence des procédures ne peuvent être les fondements de l'encadrement des modifications en cours d'exécution, car ces dernières ne remettent pas en cause l'égalité des candidats, mais leur accès à la procédure. Elles ne portent pas non plus atteinte à l'objectif d'intelligibilité des procédures.

La notion fondamentale du régime des modifications en cours d'exécution est donc celle de « modification substantielle ». C'est en effet le caractère substantiel de la modification qui détermine si l'on est en présence d'un nouveau contrat, donc si la liberté d'accès à la commande publique exerce sa fonction de protection de la mise en concurrence initiale.

Il est à noter que la nouvelle ordonnance sur les marchés publics transforme quelque peu la formule utilisée par le Code des marchés publics, en disposant que les modifications en cours d'exécution « *ne peuvent changer la nature globale du marché public* »¹⁷²². Aux termes de « *bouleverser* » et d'« *économie générale* » sont substitués les termes de « *changer* » et de « *nature globale* ». Ce changement de formulation signifie-t-il qu'une évolution du régime des avenants est entreprise, ou est-ce seulement une variation de plume sans conséquence ? Cela semble dépendre de ce qu'il faut entendre par l'emploi du terme de « *nature globale* », qui est beaucoup plus vague que celui d'économie générale, ce dernier disposant déjà d'une certaine ambiguïté¹⁷²³. La nature peut s'entendre aussi bien comme la forme du contrat (un marché public, une délégation de service public ; au sein de la catégorie des marchés publics : les marchés publics de service, de travaux ou de fourniture) que comme les caractéristiques

¹⁷²¹ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

¹⁷²² Art. 65 de l'ordonnance 2015-899 préc.

¹⁷²³ V. notamment P.-Y. GAHDOUN, « Une seconde jeunesse pour la notion d'économie du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 250 – J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification du droit des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 828 et s.

propres au marché public concerné (le montant, les prestations objets du contrat). Retenir la première signification assouplirait considérablement le régime des avenants, c'est donc la deuxième définition qui devrait être logiquement retenue. En outre, le choix du terme « changer » pourrait signifier que la modification n'a plus besoin d'« *apporter des changements brutaux* »¹⁷²⁴ pour être considérée comme illégale. Les décrets ultérieurs indiqueront nécessairement dans quel sens doit être comprise cette disposition. En tout hypothèse, et peu importe la formule employée, c'est au moyen de la liberté d'accès à la commande publique qu'il convient de contrôler la légalité d'une modification en cours d'exécution.

II : Le traitement contentieux des modifications du contrat à l'aune de la liberté d'accès.

Jusqu'à l'apparition des nouvelles directives de 2014¹⁷²⁵, il n'existe pas, dans les textes, de définition de la notion de « modification substantielle », ni de seuil au delà duquel il est permis de considérer qu'une modification revêt un tel caractère. Seule la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en 2008, apporte des précisions quant à cette notion¹⁷²⁶. En droit interne, l'article 20 du Code des marchés publics affirme seulement qu'un avenant « *ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* », sauf en cas de sujétions techniques imprévues¹⁷²⁷. Une modification est donc substantielle si elle bouleverse quantitativement ou qualitativement la structure du contrat initial.

¹⁷²⁴ LE PETIT ROBERT, éd. 2014, définition du mot « *bouleverser* », p. 288.

¹⁷²⁵ Directive 2014/24/UE préc. – Directive 2014/23/UE préc.

¹⁷²⁶ CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc., pts 35-36-37 : « *la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* » ; « *de même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus* » ; « *une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial* » – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, préc.

¹⁷²⁷ CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, n° 223445, *Rec. T.* p. 862 ; *BJCP* 2003. 462, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 2003, p. 1727, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 172, note J.-P. Piétri : pour être admises, les sujétions doivent remplir trois critères : elles présentent un caractère exceptionnel, elles sont imprévisibles lors de la conclusion du contrat, leur cause est extérieure aux parties.

Il s'agit de savoir comment le juge détermine le caractère substantiel d'une modification¹⁷²⁸. La jurisprudence est casuistique, puisque le juge apprécie au cas par cas, en fonction du contrat initial et des éléments qui font l'objet du changement, le caractère substantiel ou non d'une modification. En effet, « *la notion de bouleversement de l'économie du contrat, comme celle d'atteinte à sa substance sont laissées à la discrétion du juge qui en fixe le contenu en toute liberté* »¹⁷²⁹. Il s'agit, par un contrôle plein et entier de la qualification juridique des faits¹⁷³⁰, de déterminer si l'avenant constitue ou non un nouveau contrat. Ainsi, un avenant augmentant de 15% le montant initial du marché peut être parfois jugé légal¹⁷³¹, ou illégal¹⁷³², en fonction de différents paramètres¹⁷³³. Concernant la modification de l'objet du contrat, la jurisprudence utilise un critère de dissociabilité, qui implique que les avenants qui portent sur des prestations dissociables des prestations initialement prévues sont considérées comme modifiant l'objet du contrat¹⁷³⁴. Par exemple, une modification qui prévoit l'exécution de travaux dissociables de ceux prévus initialement est illégale¹⁷³⁵. En revanche, la simple poursuite de travaux peut être considérée comme légale¹⁷³⁶. La modification ne doit pas augmenter de manière significative le volume des prestations. Ainsi, un avenant prévoyant l'extension du contrat initial de réhabilitation de logements personnels dans six établissements d'enseignements à deux nouveaux établissements a pour effet de changer l'objet du contrat, et est par conséquent illégal¹⁷³⁷.

C'est la liberté d'accès qui permet de déterminer s'il y a simple adaptation ou modification de l'objet du contrat¹⁷³⁸, ou s'il y a simple modification ou bouleversement de son économie

¹⁷²⁸ Il est à noter que les tiers disposent de trois recours pour contester un avenant : le référé précontractuel, le référé contractuel, le recours en contestation de validité du contrat. Voir à ce titre S. HUL, « Le contentieux des avenants depuis l'arrêt Tarn-et-Garonne », *AJCT* 2015, p. 32.

¹⁷²⁹ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, Thèse, LGDJ, 1981, p. 266.

¹⁷³⁰ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

¹⁷³¹ TA Rennes, 9 juin 1993, *Préfet du Morbihan c/ Commune de Locminé*, n° 93265 ; *Marchés publ.*, n° 279, janv.-févr. 1994 – CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-Sous-Bois*, n° 150681, *Rec. T.* p. 924 ; *RDI* 1997, p. 584, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *D.* 1998, somm. p. 230, obs. Ph. Terneyre.

¹⁷³² TA Cergy-Pontoise, 3 juillet 2001, *Préfet de Seine-Saint-Denis*, n° 9908575/3 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 207, F. Olivier.

¹⁷³³ Il s'agit essentiellement de la nature du contrat, de son objet, de son montant initial, et de sa durée.

¹⁷³⁴ C. BERGEAL, concl. sur CE, 22 juin 1998 *Préfet Puy-de-Dôme*, *BJCP*, 1998, p. 37.

¹⁷³⁵ CE, 30 janvier 1995, *Société Viafrance*, n° 151099 ; *RDI* 1995, p. 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁷³⁶ CE, 29 juillet 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 118953, *Rec. T.* p. 1033 ; *RDI* 1994, p. 657, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 22 juin 1998, *Préfet Puy-de-Dôme*, n° 173025 ; *BJCP* 1998, p. 36, concl. C. Bergeal et note R. Schwartz.

¹⁷³⁷ CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région Ile-de-France c/ Société de gérance Jeanne d'Arc*, n° 143438, *Rec.* p. 321 ; *D.* 1996, somm. p. 319, obs. Ph. Terneyre.

¹⁷³⁸ Rapport de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les délégations de service public, 1998, p. 35 : « *modifier l'objet du marché revient à changer les prestations, leur consistance, décider de travaux non prévus initialement, changer les spécificités techniques, les matériaux prévus à l'origine ou leur mise en œuvre* ».

générale. La méthodologie doit être la suivante : la modification doit être étudiée au regard des conditions initiales d'accès à la procédure de passation. Si la modification a pour effet de faire évoluer substantiellement ces conditions, elle est illégale, car elle porte atteinte à la liberté d'accès à la commande publique. En revanche, si elle n'a pas pour effet de faire évoluer ces conditions, elle est légale. Dans le même sens, la modification ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à la liberté d'accéder à la procédure des opérateurs économiques qui n'ont pu candidater lors de la mise en concurrence initiale. La notion de modification substantielle est subjective et contingente, et présente l'avantage de permettre au juge de moduler ses solutions¹⁷³⁹. Contrôler la légalité des modifications au moyen de la liberté d'accès permet une telle modulation. Cette liberté d'appréciation laissée au juge est partiellement remise en cause, depuis l'adoption des nouvelles directives marchés publics¹⁷⁴⁰ et concessions¹⁷⁴¹.

Jusqu'en 2014, le législateur de l'Union européenne ne s'intéresse pas à l'exécution des contrats de la commande publique, laissant le soin à la Cour de justice d'en définir les modalités¹⁷⁴², dans la mesure où les avenants doivent rester en cohérence avec les dispositions du droit de l'Union¹⁷⁴³. Une évolution remarquable est opérée avec l'adoption des nouvelles directives de 2014, dans lesquelles le législateur de l'Union codifie les règles relatives à l'exécution des contrats, notamment celles inhérentes à leur modification. Ainsi, les directives encadrent « *la liberté des parties de modifier le contrat afin que cette modification ne devienne pas un instrument de contournement des règles de mise en concurrence* »¹⁷⁴⁴. Surtout, les directives précisent les hypothèses dans lesquelles une modification doit être considérée comme substantielle. Il est à noter que les directives ne font aucune différence entre le régime des avenants et celui de la modification unilatérale. Par conséquent, la réglementation de l'Union européenne semble s'appliquer à ces deux régimes, sans distinction¹⁷⁴⁵.

¹⁷³⁹ H. HOEPFFNER, art. préc.

¹⁷⁴⁰ Directive 2014/24/UE préc.

¹⁷⁴¹ Directive 2014/23/UE préc.

¹⁷⁴² En matière d'avenant, v. CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc.

¹⁷⁴³ F. Llorens, « Les avenants aux DSP entre droit national et droit communautaire », in *Bien public, Bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2010, p. 269.

¹⁷⁴⁴ H. HOEPFFNER, art. préc.

¹⁷⁴⁵ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.* 2014, n° 11, repère 10 : « ces directives sont muettes sur la forme - contractuelle ou unilatérale - que peut ou doit emprunter cette modification. Elles lui sont indifférentes. Les personnes publiques françaises pourront donc, comme par le passé, continuer d'imposer unilatéralement

Ainsi, « *une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle, lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ* »¹⁷⁴⁶. Dès lors, une modification est considérée comme substantielle si l'une des conditions suivantes est remplie : « *elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ; elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ; elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ; lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché* »¹⁷⁴⁷. Dans ce cas, la modification est prohibée.

En outre, la directive ajoute que les marchés peuvent également être modifiés lorsque la valeur de la modification est inférieure 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux¹⁷⁴⁸. Ce seuil est élevé à 50% en cas de sujétions techniques imprévues. Concernant l'objet du contrat, une « *modification ne peut pas changer la nature globale du marché* »¹⁷⁴⁹. Pour les concessions, les dispositions sont exactement les mêmes¹⁷⁵⁰. Pour résumer, les deux principes jurisprudentiels sont maintenus : une modification substantielle doit être requalifiée en nouveau contrat ; elle fait l'objet d'une mise en concurrence¹⁷⁵¹. Les directives adoptent cependant une approche limitative des cas dans lesquels une modification ne nécessite pas une nouvelle procédure de mise en concurrence, et « *en énonçant des cas, certes nombreux, et parfois étendus, mais toujours limités, de modification (...), les directives paraissent bien poser un véritable principe d'interdiction des modifications (...), interdiction à laquelle il ne*

des modifications à leurs cocontractants qui ne pourront s'y soustraire dès lors qu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt général. En revanche, elles ne pourront plus le faire que dans les bornes fixées par les directives. Le revers, en même temps que la raison, de leur indifférence aux formes de la modification est qu'elles limitent de la même manière toutes les modifications qu'elles revêtent, la forme d'avenants ou celle de décisions unilatérales ».

¹⁷⁴⁶ Art. 72 de la directive 2014/24/UE préc.

¹⁷⁴⁷ *Idem.*

¹⁷⁴⁸ *Idem.*

¹⁷⁴⁹ *Idem.*

¹⁷⁵⁰ Art. 43 de la directive 2014/23/UE préc. Il est à noter que le montant de la modification ne doit pas dépasser 10% du montant de la concession initiale.

¹⁷⁵¹ H. HOEPFFNER, art. préc.

peut être dérogé que dans les cas limités »¹⁷⁵². Le principe semble être l'interdiction des modifications en cours d'exécution, l'exception étant les hypothèses énoncées dans les directives¹⁷⁵³.

Les directives codifient de manière très précise le régime des modifications en cours d'exécution. Ces précisions clarifient le droit applicable aux avenants et la notion de modification substantielle. En outre, s'agissant des concessions, ces explications sont indispensables, dans la mesure où les avenants consistent un outil « *presque ordinaire* »¹⁷⁵⁴ de gestion de la vie de ces contrats, notamment de ceux portant sur le service public¹⁷⁵⁵. À ce titre, il est à noter que le droit interne a rapidement transposé le régime des avenants applicables aux concessions, dans un décret du 6 novembre 2014¹⁷⁵⁶. L'article 1^{er} dudit décret définit les critères permettant de modifier des contrats de concession de travaux publics en cours d'exécution, pour confier des travaux supplémentaires au concessionnaire initial, en dehors de l'hypothèse de la survenance d'une circonstance imprévue¹⁷⁵⁷.

Toutefois, selon le discours doctrinal, « *la directive introduit de nouvelles incertitudes. La multiplication des détails ne permet guère d'éclairer la définition du nouveau contrat* »¹⁷⁵⁸. Il est vrai que les dispositions contenues dans les directives sur ce point ne brillent pas par leur

¹⁷⁵² N. SYMCHOWICZ et R. LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP* 2014, n° 95, p. 264.

¹⁷⁵³ *Idem* : « *tel n'était assurément pas l'état du droit antérieur, car le silence des directives sur ce point avait simplement été comblé par les jurisprudences précitées qui, loin s'en faut, n'ont nullement énoncé l'existence d'un tel principe d'interdiction des modifications. Le reversement actuel de principe qui ressort des rédactions désormais adoptées ne nous paraît pas anecdotique* ».

¹⁷⁵⁴ S. BRACONNIER, « Les avenants aux conventions de délégation de service public à l'épreuve de la directive « concession » du 26 février 2014 », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 29.

¹⁷⁵⁵ J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589.

¹⁷⁵⁶ Décret n° 2014-1341 du 6 novembre 2014 modifiant le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JORF* n°0259 du 8 novembre 2014, p.18908.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, art. 1^{er} : « *art. 13-1.-I.-Les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution pour les travaux ou services supplémentaires qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire : « 1° Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ; « 2° Présenterait pour le pouvoir adjudicateur un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts. « Le montant des travaux ou services supplémentaires ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont apportées dans le respect des dispositions du présent titre, cette limite s'applique au montant de chaque modification. « II.-Le pouvoir adjudicateur transmet à l'Office des publications de l'Union européenne pour publication au Journal officiel de l'Union européenne un avis de modification d'une concession en cours conforme au modèle établi à cet effet. » ».*

¹⁷⁵⁸ N. SYMCHOWICZ et R. LAURET, art. préc., p. 264.

simplicité¹⁷⁵⁹. Ces dernières, dans un objectif de sécurité juridique¹⁷⁶⁰, comportent des dispositions très précises et variées, encadrant le plus d'hypothèses possibles. Mais ce souci du détail, au départ louable, rend effectivement la lecture des articles inintelligible.

Concernant l'apparition d'un seuil en deçà duquel la modification est possible sans nouvelle procédure, *« il nous semble que pour les concessions au moins (en particulier de services), un seuil plus élevé aurait été justifié. Plus grave encore, un seuil est fixé en cas d'imprévision : même dans des circonstances imprévisibles, la modification ne peut pas entraîner une augmentation du prix de plus de 50 % de la valeur initiale du contrat »*¹⁷⁶¹. Il est vrai qu'introduire un tel seuil ne laisse aucune marge de manœuvre au juge, dont le contrôle devient mécanique : il est possible de parler de *« bornage juridique »*¹⁷⁶². Ainsi, les directives posent *« une présomption irréfragable de non-bouleversement de l'économie du contrat via un seuil »*¹⁷⁶³. Par conséquent, ce seuil *« engendre une prudence paralysante et pénalisante pour les pouvoirs adjudicateurs, difficilement conciliable avec le principe de bonne gestion des deniers publics et certainement préjudiciable à la bonne exécution de certains projets »*¹⁷⁶⁴. Dorénavant, en cas de modification de l'équilibre financier d'un contrat, le juge ne dispose plus d'aucune marge de manœuvre dans le contrôle qu'il exerce. Par conséquent, dans cette hypothèse, la fonction de la liberté d'accès est amoindrie au contentieux. En revanche, les directives donnent une définition précise de la notion de modification substantielle, mais sans mentionner un critère quantitatif. Dans ce cadre, la liberté d'accès

¹⁷⁵⁹ R. NOGUELLOU, art. préc. : *« les directives font le choix d'une réglementation très précise, voire pointilleuse, censée couvrir toutes les hypothèses. On peine à trouver l'expression d'un principe général : il s'agit plutôt de l'énumération de cas particuliers, plus ou moins bien identifiés. Or, l'imagination contractuelle étant sans limite, il est certain que l'on se trouvera face à des hypothèses de modification non prévues qui soulèveront alors de délicates questions d'interprétation. Par ailleurs, les dispositions adoptées sont parfois imprécises et donneront nécessairement lieu à des interprétations jurisprudentielles, lesquelles pourront s'avérer plus ou moins favorables à l'évolution du contrat »*.

¹⁷⁶⁰ Préambule de la directive 2014/24/UE, (107), préc. : *« il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, (...). Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties (...) Il devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, la présente directive devrait prévoir des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n'est pas nécessaire. Il devrait être possible d'apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans la présente directive »* (nous soulignons).

¹⁷⁶¹ H. HOEPFFNER, art. préc.

¹⁷⁶² N. CHARREL, T. GASPARD, art. préc., p. 59.

¹⁷⁶³ *Idem.*

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 60.

conserve une fonction déterminante dans l'appréciation des conditions posées par le droit positif.

Dans un objectif de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, la liberté d'accès encadre les modifications contractuelles portant sur l'objet et le montant du contrat afin qu'elles ne s'apparentent pas à un nouveau contrat. Cette analyse est transposable aux modifications portant sur d'autres éléments du contrat.

B : Une fonction d'encadrement des modifications portant sur le cocontractant et la durée du contrat.

L'objet et le montant du contrat ne sont pas les seuls éléments susceptibles de faire l'objet d'une modification en cours d'exécution. Les parties au contrat ou la durée sont également des données dont la modification peut entraîner une remise en cause des conditions d'accès initiales à la mise en concurrence. La cession de contrat en cours d'exécution modifie les éléments essentiels du contrat, puisqu'elle implique une substitution d'un tiers à l'une des parties¹⁷⁶⁵. Par conséquent, il convient d'analyser ce mécanisme au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique (I). La détermination de la durée fait également partie intégrante des fonctions attribuées à la liberté d'accès¹⁷⁶⁶. Cette dernière assure donc une fonction d'encadrement de la modification de la durée, afin que le contrat fasse l'objet d'une remise en concurrence périodique (II).

I : La cession de contrat.

La cession de contrat¹⁷⁶⁷ est un mécanisme ancien¹⁷⁶⁸ et connu du droit administratif. De manière générale, « la cession de contrat suppose le transfert de l'ensemble des droits et

¹⁷⁶⁵ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁶⁶ *Supra*, Section 1, §2.

¹⁷⁶⁷ Voir, notamment : R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 241, 2004 – Y. GAUDEMET et L. AYNES, *La cession de contrat en droit public et en droit privé*, éd. Cridon, 2000 – G. BLANC, « Transfert et cession de contrats administratifs », *JCP E*, 1999, p. 2050 – Ch. MAUGÜÉ et L. DERUY, « Les cessions de marchés publics et de délégations de service public », *BJCP* 1999, n° 6, p. 494.

¹⁷⁶⁸ CE, 6 mars 1856, *Corduriès*, *Rec.* p. 184 – CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, *Rec.* p. 54 – CE, 9 juillet 1924, *Société le lecteur de la vallée d'Auge*, *Rec.* p. 656 – CE, 19 février 1932, *Mélon*, *Rec.*

obligations résultant d'un contrat à une personne juridiquement distincte, le cédant se trouvant corrélativement déchargé de toute obligation »¹⁷⁶⁹. Ce mécanisme implique la réunion de deux éléments : d'une part une modification subjective, c'est-à-dire la substitution d'un tiers à l'une des parties ; d'autre part, l'absence d'une modification objective, c'est-à-dire sans que le contenu du contrat initial soit affecté¹⁷⁷⁰. Elle doit s'entendre, selon le Conseil d'État, comme « *la reprise pure et simple par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers* »¹⁷⁷¹. En outre, la cession ne peut se faire à la seule initiative du cocontractant privé, puisqu'elle doit être autorisée par la personne publique¹⁷⁷².

Les interrogations portent sur le régime juridique de la cession de contrat. Il s'agit de savoir si une telle cession est libre, ou si elle doit faire l'objet d'une procédure particulière. La solution dépend de la conception adoptée sur la cession de contrat : si la substitution d'un cocontractant est considérée comme une novation, il s'agit d'un nouveau contrat nécessitant une procédure de passation¹⁷⁷³. En revanche, si la substitution d'un cocontractant est considérée comme un simple transfert des obligations nées du contrat initial, une procédure n'est pas nécessaire¹⁷⁷⁴. Le droit positif apporte au départ des solutions divergentes à cette question.

Pour le Conseil d'État, la cession de contrat est un simple transfert d'obligations ne nécessitant pas une procédure de mise en concurrence, sauf lorsqu'elle s'accompagne d'une

p. 206 – CE, 8 mars 1944, *Commune de Ballaguères*, *Rec.* p. 80 – CE, 4 juin 1999, *SARL Maison Dulac*, n° 155825, n° 160390, *Rec. T.* p. 664.

¹⁷⁶⁹ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁷⁰ *Idem.*

¹⁷⁷¹ CE, avis, Sect. fin., 8 juin 2000, n° 364 803 ; *BJCP* 2001, n° 15, note E. Glaser ; *Contrats et marchés publ.*, 2000, chr. 1, F. Llorens ; *AJDA* 2000. 758, note L. Richer ; *CJEG* 2001, p. 103, note Ch. Maugué et L. Deruy.

¹⁷⁷² CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, préc.

¹⁷⁷³ Voir, notamment, G. JÈZE, *Théorie générale des contrats de l'administration*, éd. Giard, t.2, p. 223 : « *la substitution totale a pour objet non pas une collaboration mais le remplacement du titulaire du marché par un autre titulaire qui devient le directeur responsable de l'entreprise (...) Il y a en réalité un nouvel entrepreneur ou fournisseur, un nouveau contrat entre l'administration et le concessionnaire* » – A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 2, n° 533 – E. FATÔME, art. préc., p. 763 – Ch. MAUGÜÉ et L. DERUY, art. préc – Rép. Min., 31 juillet 1998, *JOAN* p. 4818.

¹⁷⁷⁴ J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, Thèse, éd. Rousseau, 1934, p. 139 – L. RICHER, « La fin de la convention de délégation », *AJDA* 1996, p. 650 – N. SYMCHOWICZ, « Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions », *AJDA* 2000, p. 113.

modification substantielle du contrat initial. Il indique, dans un avis du 8 juin 2000¹⁷⁷⁵, que la cession « *doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire (...) de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat* ». Dès lors, « *une cession de contrat s'accompagnant d'une modification substantielle doit être analysée comme constitutive d'un nouveau contrat. Au contraire, une cession de contrat pure et simple suppose la poursuite du contrat originaire, ce qui justifie qu'elle puisse s'opérer sans aucune mesure de publicité ou de mise en concurrence* »¹⁷⁷⁶. On retrouve ici la même logique que celle opérée pour les avenants : il doit y avoir une nouvelle procédure de passation uniquement lorsque le contenu du contrat est modifié substantiellement. Or, la cession de contrat n'est pas considérée, en soi, comme une modification substantielle.

La Cour de justice, dans une décision du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*¹⁷⁷⁷, adopte une position foncièrement différente. Selon la Cour, « *la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance* »¹⁷⁷⁸. Ainsi, la cession s'apparente à un nouveau contrat et doit faire l'objet d'une nouvelle procédure de passation, sauf si elle est prévue *ab initio*. Cette solution paraît satisfaisante¹⁷⁷⁹ au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique. Il n'est pas anodin de changer le cocontractant choisi à l'issue de la procédure de passation initiale, sans que cela soit prévu dès l'engagement de la mise en concurrence. L'identité du cocontractant, d'une part, constitue un élément essentiel du contrat. La cession, d'autre part, peut être une manœuvre visant à remettre en cause les conditions initiales d'accès à la procédure, et peut donc s'apparenter, *in fine*, à la conclusion d'un contrat de gré à gré. En effet, le nouveau cocontractant est à même de ne pas remplir les critères d'attribution du contrat. Dans ce cas, la mise en concurrence opérée lors de la procédure de passation initiale est remise en cause, le cocontractant ne correspondant plus aux critères initialement établis. Dans les faits, cette manœuvre est équivalente au fait d'attribuer un contrat de la commande publique sans respecter les conditions préalablement déterminées. Par

¹⁷⁷⁵ CE, avis, Sect. fin., 8 juin 2000, préc.

¹⁷⁷⁶ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 110.

¹⁷⁷⁷ CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc. Confirmé par CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, préc.

¹⁷⁷⁸ *Idem.*, §40.

¹⁷⁷⁹ Pour une thèse contraire, voir notamment H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 109.

conséquent, un encadrement strict de la cession de cette catégorie de contrats se justifie au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Les nouvelles directives¹⁷⁸⁰, en codifiant le régime de cession des contrats, apportent les solutions textuelles nécessaires à cette question, puisqu'elles se prononcent sur l'une des principales interrogations que soulève la cession de contrat, qui tient « *à la reconnaissance de son caractère translatif ou, au contraire, à la qualification de nouveau contrat du lien créé entre le cédé et le cessionnaire* »¹⁷⁸¹. La cession de contrat n'est pas qualifiée de modification substantielle, donc ne nécessite pas une nouvelle procédure de passation, si elle est opérée dans les cas prévus par les directives. Elle présente dans ce cas un caractère translatif. *A contrario*, elle s'apparente à un nouveau contrat lorsqu'elle est opérée en dehors de ces hypothèses¹⁷⁸². Ainsi, la cession est autorisée « *en application d'une clause de réexamen*¹⁷⁸³ (...) ou, *à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à soustraire à l'application de la présente directive* (...) ou, *dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants* »¹⁷⁸⁴. Dans les autres cas, elle doit faire l'objet d'une nouvelle procédure de mise en concurrence. Les directives retiennent ainsi « *une conception plus économique que juridique du changement de contractant* »¹⁷⁸⁵ en ne prenant pas en compte la continuité de la personne morale.

Cette codification paraît satisfaisante au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique. Les hypothèses dans lesquelles est permise la cession ne portent *a priori* pas atteinte à l'accès des soumissionnaires à la commande publique. Dans le cas où elle est prévue *ab initio*, elle fait l'objet d'une mise en concurrence initiale. Dans les hypothèses de succession ou de restructuration, les directives précisent de manière très claire que l'opérateur économique doit remplir les critères de sélection qualitative établis initialement, et que la

¹⁷⁸⁰ Art. 72 de la directive 2014/24/UE préc. ; Art. 43 de la directive 2014/23/UE préc.

¹⁷⁸¹ R. NOGUELLOU, art. préc.

¹⁷⁸² Art. 72 de la directive 2014/24/UE préc. ; Art. 43 de la directive 2014/23/UE préc.

¹⁷⁸³ Dans ce cas, seul le principe de la cession doit avoir été prévu.

¹⁷⁸⁴ *Idem*.

¹⁷⁸⁵ L. RICHER, « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat, Quinze ans après.. », *AJDA* 2014, p. 1925.

cession ne peut avoir pour effet d'entraîner une modification substantielle du contrat initial. Par conséquent, il n'est pas possible de procéder à une manœuvre remettant en cause les conditions initiales de mise en concurrence. Ainsi, les conditions d'accès à la procédure de passation sont préservées. On peut cependant regretter le manque de lisibilité de la dernière hypothèse prévue par les directives, dans le cas où le pouvoir adjudicateur assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants¹⁷⁸⁶. Les nouvelles directives, globalement, trouvent un juste équilibre entre la possibilité de céder un contrat et la protection d'une concurrence saine et loyale, assurée par la liberté d'accès à la commande publique. Ainsi, « *le mécanisme de la cession de contrat, dont on avait pu craindre qu'il soit menacé par le droit européen, sort relativement indemne du processus de réglementation européenne* »¹⁷⁸⁷. Les directives sont ainsi un compromis satisfaisant entre la jurisprudence nationale et la jurisprudence de la Cour de justice.

II : L'encadrement de la prolongation de la durée du contrat.

Il est acquis que « *la durée d'un contrat est un élément déterminant du fonctionnement concurrentiel du marché, puisqu'elle fixe la période durant laquelle l'activité constituant l'objet du contrat n'est pas soumise à la concurrence* »¹⁷⁸⁸. C'est pourquoi la liberté d'accès encadre la détermination de la durée initiale des contrats de la commande publique, afin que les opérateurs économiques puissent régulièrement accéder à leur octroi¹⁷⁸⁹. Par une sorte de « parallélisme des principes », elle encadre également la prolongation de la durée. Les parties ne doivent pas pouvoir soustraire le contrat à la concurrence pour une durée excessive, sans porter atteinte à la liberté des soumissionnaires potentiels d'accéder à la mise en concurrence du contrat. Ainsi, la prolongation ne peut être admise que dans la mesure où elle n'a pas pour effet d'annihiler la portée de la procédure de mise en concurrence. Ce principe s'applique à l'ensemble des contrats de la commande publique¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁶ H. HOEPFFNER, art. préc. : « on soulignera ici le caractère obscur de la disposition, qui ne peut être éclairé par les travaux préparatoires : le but est-il de permettre au pouvoir adjudicateur de reprendre le contrat ? » – R. NOGUELLOU, art. préc.

¹⁷⁸⁷ R. NOGUELLOU, art. préc.

¹⁷⁸⁸ M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.*, p. 507.

¹⁷⁸⁹ Cf. *Supra*, Section 1, §2.

¹⁷⁹⁰ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 254.

Le droit positif encadre de manière stricte et complète la prolongation de la durée des contrats de la commande publique, soit par le biais de dispositions spécifiques¹⁷⁹¹, soit par le biais des dispositions relatives aux avenants¹⁷⁹², la prolongation de la durée s'apparentant à une modification classique du contrat en cours d'exécution. Ainsi, à l'instar des avenants, l'encadrement de la prolongation de la durée est fondé sur la liberté d'accès à la commande publique.

La reconduction des contrats, en renouvelant un engagement arrivé à échéance, s'apparente à un nouveau contrat¹⁷⁹³. Lorsqu'elle est prévue par une clause expresse, la reconduction ne soulève pas de problème particulier¹⁷⁹⁴, la mise en concurrence étant réalisée en prenant en compte la durée totale du contrat, périodes de reconduction comprises. La question est plus délicate en cas de tacite reconduction, c'est-à-dire lorsque la reconduction n'est pas prévue par une clause expresse. Ce mécanisme peut être défini comme « *un mécanisme juridique permettant de continuer les rapports contractuels au-delà du terme, en se fondant sur la volonté implicite des parties et sur les manifestations qu'elle engendre : le consentement des contractants présumé au jour de l'échéance doit être confirmé par des actes d'exécution de la convention* »¹⁷⁹⁵. Dans une décision du 29 novembre 2000, *Commune de Païta*¹⁷⁹⁶, le Conseil d'État reconnaît le caractère novatoire de la tacite reconduction, en affirmant que « *le contrat résultant d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat* ». Or, le caractère nouveau du contrat, à l'instar du régime des avenants, justifie que la liberté d'accès produise ses effets dans l'objectif de maintenir une concurrence saine et loyale. La reconduction tacite peut entraver l'accès des opérateurs économiques au contrat. Par conséquent, soit elle doit être interdite, soit elle doit faire l'objet d'une nouvelle mise en

¹⁷⁹¹ C'est le cas des délégations de service public. Art. L1411-2 du Code général des collectivités territoriales : « *une délégation de service ne peut être prolongée que : a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ; b) Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* ». Voir également CE, 29 décembre 2004, *Société Soccrum*, n° 239681, *Rec. T.* p. 762 ; *BJCP* 2005, p. 116, concl. D. Casas ; *AJDA* 2005. 607. note J.-D. Dreyfus : « *qu'une telle prolongation n'est possible que si des équipements nouveaux sont demandés par le délégant, que ces équipements sont indispensables au bon fonctionnement du service public ou à son extension géographique et qu'ils ne peuvent être amortis pendant le temps restant de la convention sans augmentation de prix manifestement excessive* ».

¹⁷⁹² H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 266 : « *que les règles générales applicables aux avenants sont applicables aux prolongations qui n'en sont qu'une espèce particulière* ».

¹⁷⁹³ *Ibid.*, p. 227.

¹⁷⁹⁴ Dans ce cas, il s'agit d'une modification du contrat initial : CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc.

¹⁷⁹⁵ B. AMAR-LAYANI, « De la tacite reconduction », *D.* 1996, chron. 143.

¹⁷⁹⁶ CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, *Rec.* p. 573 ; *Dr. adm.* 2001, n° 7 ; *AJDA* 2001. 101.; *ibid.* 219, étude L. Richer ; *RDI* 2001. 156, obs. F. Llorens ; *RTD com.* 2001. 417, obs. G. Orsoni.

concurrence. C'est l'interdiction des clauses de tacite reconduction que retient le Conseil d'État pour les marchés publics¹⁷⁹⁷ et les délégations de service public¹⁷⁹⁸. Cette solution jurisprudentielle est en parfait accord avec les fonctions du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Le décret du 25 août 2011¹⁷⁹⁹ modifie sensiblement la réglementation applicable aux marchés publics. Désormais, l'article 16 du Code des marchés publics prévoit que « *sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ». Cela signifie que la personne responsable du marché n'a pas à prendre une décision expresse de reconduction lorsque le marché arrive à son terme. Cela ne remet pas en cause les acquis de la liberté d'accès. Ce même article dispose en effet d'une part, que « *la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* ». D'autre part, il ajoute qu'« *un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises* ». Par conséquent, la tacite reconduction ne remet pas en cause les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, donc ne porte pas atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique.

¹⁷⁹⁷ *Idem.*

¹⁷⁹⁸ CE, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, préc.

¹⁷⁹⁹ Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, *JORF* n°0197 du 26 août 2011 p. 14453 ; *CP-ACCP* 2011, n° 114, p. 50, note N. Charrel et G. Monflier ; *JCP CT* n° 37, septembre 2011, p. 2293, comm. F. Linditch.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

La liberté d'accès dispose de deux fonctions principales : d'une part, une fonction économique initiale, celle d'assurer l'accès à la mise en concurrence des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat ; d'autre part, une fonction économique subséquente, celle d'assurer la protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. À ce titre, la liberté d'accès est un principe économique essentiel à l'ouverture des marchés à la concurrence. De ses fonctions dépendent l'existence et la pérennité des procédures de passation des contrats de la commande publique. En outre, c'est de la liberté d'accès que découle l'application des principes consécutifs du droit de la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes, dont il convient de définir les fonctions propres, n'ont en effet de sens que dans le cadre des procédures de passation, dont l'existence relève de la liberté d'accès à la commande publique.

Chapitre 2 :

Les fonctions propres des principes consécutifs d'égalité de traitement et de transparence.

Au temps de la liberté d'accès succède la mise en concurrence effective des candidats. Cette phase des procédures de passation constitue le deuxième temps de la commande publique. Les opérateurs économiques intéressés par le contrat et informés de son existence par la publicité manifestent leur volonté de soumissionner auprès de l'autorité adjudicatrice en déposant leurs candidatures et leurs offres. Cette dernière met en concurrence les candidats afin de choisir, *in fine*, son cocontractant. Lors de cette phase, l'autorité adjudicatrice doit veiller « à ce que la règle du jeu soit non seulement la même pour tous les candidats, mais encore qu'elle leur soit appliquée de manière identique »¹⁸⁰⁰. C'est cet objectif que poursuit le principe d'égalité de traitement des candidats, dont il convient de préciser les fonctions propres (**Section 1**).

Le principe de transparence produit également ses effets lors du deuxième temps de la commande publique. Dans une logique d'accessibilité des informations administratives¹⁸⁰¹, la transparence poursuit un objectif d'intelligibilité des procédures de passation¹⁸⁰². À cet égard, elle garantit l'efficacité de la procédure de passation, les candidats étant suffisamment informés pour présenter utilement une soumission. La transparence dispose également d'une fonction de preuve d'impartialité de la procédure de passation¹⁸⁰³. En garantissant sa traçabilité et en contraignant l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations lors du troisième temps de la commande publique, après le choix des offres, la transparence favorise le contrôle du déroulement de la procédure et la vérification du bien-fondé du choix

¹⁸⁰⁰ B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9.

¹⁸⁰¹ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.

¹⁸⁰² Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁸⁰³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin.

du cocontractant. Par conséquent, la transparence dispose de deux fonctions fondamentales, réparties sur les deuxième et troisième temps de la commande publique (**Section 2**).

Section 1 : Les fonctions propres du principe d'égalité de traitement des candidats.

L'assise du principe d'égalité de traitement en droit de la commande publique est ancienne. Dès le XIX^{ème} siècle, « *la jurisprudence reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication le droit d'en contester la régularité si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité parfaite* »¹⁸⁰⁴. Le commissaire du gouvernement Romieu¹⁸⁰⁵ affirme ainsi que « *le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents* ». De manière générale, les principales conséquences du principe d'égalité de traitement sont les suivantes : « *l'administration ne peut créer de discrimination juridiques, ni de discrimination de fait susceptibles soit d'avantager certains concurrents, soit de les handicaper* »¹⁸⁰⁶. Selon une jurisprudence constante, ce principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié¹⁸⁰⁷.

Dans le cadre de la vision temporelle des principes de la commande publique, l'égalité de traitement des candidats exerce ses fonctions uniquement lors du deuxième temps de la commande publique¹⁸⁰⁸. Dès lors, le principe d'égalité bénéficie à une catégorie juridique

¹⁸⁰⁴ LE VAVASSEUR de PRÉCOURT, concl. sur CE, 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p. 321.

¹⁸⁰⁵ J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 281.

¹⁸⁰⁶ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 610.

¹⁸⁰⁷ CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André*, aff. C-434/02, *Rec.* p. I-11825, pt. 68 – CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.* p. I-118993, pt. 70 – CJCE, 3 mars 2005, *Fabrisom SA*, aff. C-21/03 et aff. C-34/03, *Rec.* p. I-1559, pt. 27.

¹⁸⁰⁸ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2. Lors du premier temps de la commande publique, il n'est qu'un principe accessoire au service du principe dominant de liberté d'accès à la commande publique.

particulière, celle des candidats réels¹⁸⁰⁹, c'est-à-dire ceux qui ont effectivement candidaté pour accéder à la mise en concurrence. Par ailleurs, ce principe implique que les candidats soient traités de manière identique par l'autorité adjudicatrice, et poursuit donc un objectif de traitement égal des candidats lors de la mise en œuvre de la procédure. Les implications de l'égalité de traitement peuvent être subdivisées en trois phases distinctes : l'autorité adjudicatrice doit respecter une égalité entre les candidats lors du déroulement de la procédure (**paragraphe 1**), lors du choix des candidatures et des offres (**paragraphe 2**), et doit veiller à ne pas remettre en cause l'impartialité de la procédure (**paragraphe 3**).

Une analyse approfondie des procédures de passation révèle que l'égalité de traitement dispose de fonctions dont les effets varient selon la nature du contrat. Pour certains, comme les marchés publics à procédure formalisée, l'égalité de traitement doit être appréciée strictement ; elle ne laisse quasiment aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la mise en œuvre de la procédure. Pour d'autres, comme les délégations de service public, l'égalité de traitement, bien que devant être impérativement respectée, est appliquée de manière plus souple. Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice dispose d'une liberté plus grande dans l'organisation de la mise en concurrence. Par conséquent, il est possible de déduire de cette analyse l'existence d'une « *échelle de mise en concurrence* »¹⁸¹⁰, qui dépend de la manière dont doit être appliquée l'égalité de traitement des candidats.

Paragraphe 1 : Une fonction de respect de l'égalité entre les candidats dans la conduite de la mise en concurrence.

Globalement, le principe d'égalité de traitement garantit que les mêmes règles soient appliquées à l'ensemble des candidats lors du déroulement de la mise en concurrence. L'autorité adjudicatrice doit donc veiller à déterminer et à mettre en œuvre des modalités de

¹⁸⁰⁹ Il convient d'opposer cette catégorie juridique à celle des candidats potentiels, qui bénéficient de la liberté d'accès à la commande publique.

¹⁸¹⁰ L'expression est empruntée à G. KALFLÈCHE. Dans sa thèse *Des marchés publics à la commande publique*, l'auteur évoque, page 463, l'existence d'une échelle de mise en concurrence : « l'analyse de l'évolution, non plus de la notion de marché public mais du régime de passation applicable aux personnes aujourd'hui incluses dans cette notion dans son sens le plus large, nous conduit donc à estimer qu'il existe une "échelle de mise en concurrence". Celle-ci cherche à justifier une chose : tous ces « marchés publics » ne sont pas soumis à des procédures uniques, ce qui se justifie par deux considérations que sont le caractère public de l'entité, de son activité ou de son financement et l'importance pécuniaire du contrat ».

mise en concurrence de manière à ne pas avantager ou désavantager un candidat sans raison objective liée à l'objet du contrat. En outre, les modifications des conditions de consultation intervenant lors du déroulement de la procédure doivent s'opérer dans des conditions strictes d'égalité, ce qui implique que l'autorité adjudicatrice communique les mêmes informations à tous les candidats, et leur laisse le même délai de remise des offres s'il est nécessaire de les adapter¹⁸¹¹. À ce titre, l'égalité de traitement des candidats est fondamentale pour le bon déroulement de la procédure de passation.

Au-delà de cette fonction globale applicable à l'ensemble des procédures, une analyse approfondie du droit positif révèle que la teneur du principe d'égalité diffère en fonction de la nature du contrat envisagé. Afin de laisser une certaine marge de manœuvre à l'autorité délégante, l'égalité de traitement fait l'objet d'une application souple lors de la mise en concurrence des délégations de service public (**A**). Pour les autres contrats, notamment les marchés publics, l'égalité de traitement doit être appréciée strictement (**B**). Ainsi, les fonctions de l'égalité de traitement lors du déroulement de la mise en concurrence ne font pas l'objet d'une application uniforme, mais varient en fonction de l'objet et de la nature du futur contrat.

A : Une égalité souple dans le déroulement des procédures de passation des délégations de service public.

Les textes encadrent très peu les modalités de passation des délégations de service public. À cet égard, le délégant dispose d'une grande marge de manœuvre dans la conduite de la procédure, et dispose du libre choix du futur délégataire¹⁸¹². Concernant la négociation, il est seulement indiqué que les offres « *sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* »¹⁸¹³. Ainsi, aucune règle particulière n'encadre les modalités d'organisation des négociations par la

¹⁸¹¹ CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch – Cass. Com., 8 décembre 2009, n° 08-21.714.

¹⁸¹² Le juge exerce toutefois un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix du délégant : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.* p. 805 ; *AJDA* 2008. 2454, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 296, obs. G. Eckert.

¹⁸¹³ Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

personne publique¹⁸¹⁴, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation, ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats¹⁸¹⁵. Cette liberté dans la conduite de la procédure n'affranchit pas le délégant du respect des principes fondamentaux de la commande publique¹⁸¹⁶, en particulier celui d'égalité de traitement des candidats. Dès lors, « *ce n'est pas parce que l'administration est tout d'un coup dispensée des termes les plus rigides de la mise en concurrence qu'elle échappe au respect du principe d'égalité, qui se situe sur un tout autre plan, et enveloppe toujours son action, aussi discrétionnaire qu'elle soit* »¹⁸¹⁷. Par conséquent, le délégant doit veiller à ce que la procédure soit conduite dans des conditions d'égalité, notamment pendant la phase de négociation¹⁸¹⁸.

Ainsi, la conduite de la négociation n'échappe pas au principe d'égalité de traitement des candidats, dès lors qu'elle « *n'est pas – ne peut pas être – ne doit pas être une maison de verre ; le respect de l'égalité de traitement, de la non discrimination, doit savoir s'y formuler de manière adéquate* »¹⁸¹⁹. L'autorité délégante doit veiller à ce que les conditions de présentation des candidatures et des offres soient les mêmes pour tous les candidats dans le cadre de la négociation¹⁸²⁰. Les informations relatives à la procédure et au futur contrat doivent être transmises à l'ensemble des candidats dans des conditions de stricte égalité¹⁸²¹. À l'inverse des procédures d'appel d'offre¹⁸²², l'autorité délégante n'est pas strictement tenue par les documents de consultation. Par conséquent, elle peut, lors des phases de négociations, apporter des modifications à ces derniers. Toutefois, elle ne peut le faire que dans l'intérêt du

¹⁸¹⁴ CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *Rec. T.* p. 858 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 259, note G. Eckert.

¹⁸¹⁵ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, Société Sèche Éco industrie*, n°336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010, 354, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *JCP A* 2010. 2272, obs. F. Linditch.

¹⁸¹⁶ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec. p.* 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹⁸¹⁷ D. PIVETEAU, concl. sur CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, n° 223482, *BJCP* n°18, p. 417.

¹⁸¹⁸ V., pour une étude récente sur la phase de négociation : M. UBAUD-BERGERON, « La négociation », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 7.

¹⁸¹⁹ D. PIVETEAU, concl. préc., p. 418.

¹⁸²⁰ CE, 13 décembre 1996, *Syndicat de revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse*, n° 169706 *Rec. p.* 488 ; *RFDA* 1997, p. 192.

¹⁸²¹ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, n° 209319, *Rec. p.* 283 ; *BJCP* 2000, n° 12, p. 361, concl. C. Bergeal ; *RFDA* 2000, 1031, concl. C. Bergeal ; *ACL* 2001, n° 54.

¹⁸²² Cf. *Infra*.

service, et si ces modifications ne bouleversent pas l'économie du contrat et n'ont pas pour but d'avantager un candidat¹⁸²³. Les candidats disposent également de la possibilité de modifier leur offre en cours de négociation. De manière générale, ces adaptations en cours de procédure ne doivent pas avoir un caractère discriminatoire¹⁸²⁴, dans la mesure où elles ne doivent pas contribuer à orienter la consultation dans un sens plus favorable pour un candidat. Suite à ces adaptations, si l'autorité délégante décide de proroger le délai de remise des offres, elle doit en faire bénéficier l'ensemble des candidats et veiller à ce qu'il n'en découle pas une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats¹⁸²⁵.

Le principe d'égalité de traitement, en l'absence de précision dans les textes, permet ainsi d'encadrer la conduite des procédures de passation des délégations de service public. Toutefois, pour ne pas tomber dans un formalisme excessif, le juge admet que l'autorité adjudicatrice puisse garder une certaine marge de manœuvre. Ainsi, cette dernière n'est pas dans l'obligation de négocier jusqu'au bout avec chacun des candidats¹⁸²⁶. Par conséquent, elle choisit librement les candidats avec lesquels elle engage des discussions, sans que cela s'apparente à une rupture d'égalité¹⁸²⁷. Dès lors, même si « *l'autorité publique ne peut certainement pas adopter au cours des négociations qui impliquent deux candidats, une attitude discriminatoire à l'égard de l'un d'entre eux* »¹⁸²⁸, elle dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des candidats lors de la phase de négociation. Le principe d'égalité dispose donc d'une fonction fondamentale dans cette étape du processus, car c'est à travers lui que doit être trouvé l'équilibre entre le respect des règles de mise en concurrence, et la liberté devant nécessairement être reconnue à l'autorité délégante. En outre, cette fonction est d'autant plus importante s'agissant des délégations de service public, pour qui les

¹⁸²³ CE, 29 juillet 1998, *Éditions Dalloz-Sirey*, n° 181886, *Rec. T.* p. 720 ; *BJCP* 1998, p. 76, concl. H. Savoie – CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, n° 223482, *Rec. p.* 265 ; *BJCP* n°18, p. 415, concl. D. Piveteau, note Ph. Terneyre ; *AJDA* 2001. 1090, note L. Markus.

¹⁸²⁴ CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*, n° 216902 et n° 241134, *Rec. T.* p. 810 ; *BJCP* 2002, p. 374, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 177, note E. Delacour – CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, préc. – CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg*, *Société Sèche Éco industrie*, préc. – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France*, n° 373159 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert.

¹⁸²⁵ CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, préc. – CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, préc.

¹⁸²⁶ CE, 14 mars 2003, *Société Air Lib*, n° 251610, *Rec. T.* p. 861 ; *AJDA* 2003. 1052, note J.-D. Dreyfus – CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *BJCP* 2006, p. 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, obs. E. Delacour ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 13, obs. C. Prebissy-Schnall.

¹⁸²⁷ CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n° 306153, *Rec. T.* p. 805 ; *AJDA* 2008. 1768, note Sablière ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 164, note G. Eckert ; *JCP A* 2008, n° 2184, note F. Linditch.

¹⁸²⁸ D. PIVETEAU, concl. préc., p. 415.

textes restent très évasifs sur la conduite de la procédure. Cette liberté laissée à l'autorité déléguée disparaît s'agissant des autres procédures de passation.

B : Une égalité stricte dans le déroulement des autres procédures de passation.

L'appel d'offre est la procédure dans laquelle l'égalité de traitement est appréciée le plus strictement (I). Applicable aux marchés publics relevant du Code des marchés publics dont le montant dépasse un certain seuil¹⁸²⁹, cette procédure ne laisse aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la mise en concurrence, ni aux candidats dans l'élaboration de leur offre. Par conséquent, tout comportement n'entrant pas dans les conditions de consultation prévues par le Code des marchés publics est susceptible d'entraîner une rupture d'égalité entre les candidats. S'agissant des autres procédures qui, à l'inverse de l'appel d'offre, peuvent intégrer une phase de négociation ou de dialogue, l'égalité de traitement est également appréciée strictement (II). À ce titre, l'autorité adjudicatrice doit organiser dans de strictes conditions d'égalité les différents échanges qu'elle peut avoir avec l'ensemble des candidats.

I : Une égalité strictement appréciée dans la procédure d'appel d'offre.

En matière d'appel d'offre, il est rare que l'autorité adjudicatrice puisse porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats lors de la mise en œuvre de la procédure. Cette dernière est fortement encadrée par les textes et ne laisse aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la mise en concurrence. Les modalités de publicité sont prévues par les textes¹⁸³⁰, ainsi que le déroulement de la consultation¹⁸³¹. Ces règles s'imposent tant aux candidats¹⁸³² qu'au pouvoir adjudicateur¹⁸³³, qui n'a aucune possibilité de

¹⁸²⁹ Art. 26 du Code des marchés publics.

¹⁸³⁰ Art. 40 du Code des marchés publics.

¹⁸³¹ Art. 57 et s. du Code des marchés publics.

¹⁸³² CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Royaume de Danemark*, aff. C-243/89, *Rec. p.* I-3353 – CE, 23 novembre 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 6, note F. Olivier. Cette règle a pour conséquence, selon l'article 53 du Code des marchés publics, que toute offre inappropriée, irrégulière et inacceptable est éliminée : CE, 23 juin 2010, *Commune de Chatel*, n° 336910 ; *JCP A* 2010, 2270, obs. F. Linditch. – CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense*, n° 353121, *Rec. T.* p. 1008 ;

les modifier¹⁸³⁴. En outre, la violation d'une de ces règles peut aboutir à l'annulation de la procédure de passation. Surtout, « *il ne peut y avoir de négociation avec les candidats* »¹⁸³⁵. La prohibition de toute négociation réduit fortement le risque d'une atteinte à l'égalité de traitement des candidats. En effet, la négociation est propice à la survenance d'un comportement discriminatoire du pouvoir adjudicateur à l'égard d'un ou plusieurs candidats. C'est certainement la raison pour laquelle elle est interdite pour les marchés publics dont l'enjeu économique est important.

De plus, dans le cadre de l'appel d'offre, le dépôt d'une offre rend impossible toute modification ultérieure ou retrait de celle-ci, à l'initiative du pouvoir adjudicateur¹⁸³⁶ ou du candidat. C'est le principe d'intangibilité des offres¹⁸³⁷. Ainsi, « *le respect de ce principe est primordial dans la mesure où il permet de déterminer une période durant laquelle le contenu des offres est figé, afin de pouvoir les examiner et les comparer entre elles* »¹⁸³⁸. Ce principe permet d'attribuer le contrat dans des strictes conditions d'égalité entre les candidats, ces derniers déposant leurs offres en prenant en considération les seules caractéristiques du marché, et non l'offre faite par un autre candidat. Ainsi, « *la procédure d'appel d'offres met face à face deux blocs rigides : le besoin exprimé par le pouvoir adjudicateur et l'offre élaborée par le candidat. L'offre remise par un candidat ne sert pas de base de négociation. Elle doit se conformer strictement au besoin exprimé. En l'absence de négociation, le candidat doit se borner à répondre à ce besoin et n'a pas à relever des incohérences, des contradictions, voire à juger de sa pertinence. Toute contrariété avec le besoin exprimé, quand bien même elle serait minime, entraîne l'irrégularité de l'offre* »¹⁸³⁹. Ce principe est sanctionné par le juge administratif¹⁸⁴⁰, mais également par le juge judiciaire¹⁸⁴¹ et le juge pénal¹⁸⁴². L'intangibilité des offres est une illustration éclatante de la rigidité avec laquelle

BJCP 2012, p. 86, concl. N. Boulouis ; AJDA 2011. 2384, obs. R. Grand ; Dr. adm. 2012, comm. 14, obs. F. Brenet ; Contrats et marchés publ. 2012, comm. 11, obs. G. Eckert.

¹⁸³³ CE, 20 janvier 2014, *Communauté urbaine de Bordeaux (Aquitain)*, n°373157 ; Contrats et marchés publ. 2014, comm. 82, note M. Ubaud-Bergeron. – CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n° 373718.

¹⁸³⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1.

¹⁸³⁵ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁸³⁶ CE, 9 décembre 1994, *Coenon*, n° 129677, Rec. p. 545.

¹⁸³⁷ CE, 24 décembre 1926, *SA L'entreprise de l'Est*, Rec. p. 1172.

¹⁸³⁸ F. BOUDEAU, « L'intangibilité des offres », *Marchés publ.* 2010, n° 106, p. 11.

¹⁸³⁹ S. FRANÇOIS, « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », *Contrats et marchés publ.* 2014, étude 7.

¹⁸⁴⁰ CE, 9 décembre 1994, *Préfet des Vosges c/ Commune de Chatelle-sur-Moselle*, n° 144269, Rec. p. 1035 ; RDI. 1995. 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁸⁴¹ TGI Avranches, 16 mai 1995, cité in Circ. crim., 2 juill. 1998 : *Marchés publ.* n° 4/1999, p. 13.

¹⁸⁴² TGI Orléans, 5 juin 1996 ; *Marchés publ.* 1997, n° 5, p. 24.

l'égalité est appréciée dans le cadre de l'appel d'offre. Il arrive cependant que ces principes fassent l'objet d'une certaine souplesse.

Le pouvoir adjudicateur a en effet la possibilité « *de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* »¹⁸⁴³. Cette demande doit être adressée de manière équivalente¹⁸⁴⁴ aux candidats dont l'offre nécessite effectivement un complément ou une précision¹⁸⁴⁵. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de manière égale et loyale, de telle sorte qu'une demande de clarification ne puisse apparaître comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande¹⁸⁴⁶. Afin de respecter les textes et le principe d'égalité de traitement des candidats, l'autorité adjudicatrice doit veiller à ce qu'une telle demande ne s'apparente pas à une modification de l'offre¹⁸⁴⁷. À cet égard, l'avocat général Lenz affirme que « *du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme "préciser" (...) dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou de le définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé (...) celui de "compléter", nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre* »¹⁸⁴⁸. Le Conseil d'État admet qu'il puisse y avoir une modification de l'offre dans un seul cas, s'il s'agit « *de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue* »¹⁸⁴⁹. Si la modification excède le cadre de la correction d'une erreur matérielle, l'offre devient irrégulière¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴³ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁸⁴⁴ CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko*, aff. C-599/10, pt 42-43.

¹⁸⁴⁵ *Idem*.

¹⁸⁴⁶ *Idem*.

¹⁸⁴⁷ *Idem* – CE, 25 mars 2013, *Département de l'Hérault*, n° 364824 ; *AJDA* 2013. 891 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 133, note G. Eckert.

¹⁸⁴⁸ O. LENZ, concl. sur CJCE, 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, pt. 37, *Rec. p.* I-02043.

¹⁸⁴⁹ CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149, *Rec. p.* 443 ; *BJCP* 2011. 442, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 315, note W. Zimmer ; *AJDA* 2011. 1815 ; *RDI* 2011. 560, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2012. 41, obs. O. Didriche.

¹⁸⁵⁰ CE, 16 janvier 2012, *Département de l'Essonne*, n° 353629 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 85, note M. Ubaud-Bergeron.

Il est à noter que le Code des marchés publics prévoit la possibilité de demander aux candidats, à côté de leur offre de base, de présenter des variantes¹⁸⁵¹. La présentation des variantes doit être expressément autorisée par le pouvoir adjudicateur¹⁸⁵², car elle peut s'assimiler à une modification de l'offre de base¹⁸⁵³. Lorsque le règlement de la consultation interdit les variantes, le pouvoir adjudicateur ne peut retenir l'offre d'un candidat sur la base d'une variante¹⁸⁵⁴, sous peine de rompre l'égalité de traitement des candidats.

L'autorité adjudicatrice et son cocontractant, avant la signature du contrat, ont la possibilité de procéder à une mise au point¹⁸⁵⁵, qui peut entraîner des modifications de l'offre retenue. Toutefois, le Code des marchés publics encadre strictement ce procédé, qui ne peut aboutir à des modifications qui puissent remettre en cause « *les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres* »¹⁸⁵⁶. La possibilité de procéder à une mise au point est une conséquence de la rigidité de l'intangibilité des offres, et doit seulement permettre l'adaptation de l'offre sans remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence¹⁸⁵⁷. En revanche, par souci d'égalité entre les candidats, elle ne peut s'apparenter à une négociation.

Dans la procédure d'appel d'offre, l'égalité de traitement est donc appréciée strictement. C'est également le cas de certaines autres procédures de passation qui intègrent des phases de négociation ou de dialogue avec les candidats.

¹⁸⁵¹ Art. 50 du Code des marchés publics : « pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. II. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte ».

¹⁸⁵² *Idem* – CAA Marseille, 6 octobre 2008, *Société française d'émetteurs*, n° 07MA00071.

¹⁸⁵³ CE, 5 janvier 2011, *Commune de Bonneval-sur-Arc*, n° 343206, *Rec. T.* p. 1007 : « des variantes constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation ». *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 39, note P. Devillers.

¹⁸⁵⁴ CE, 7 novembre 2001, *SA Quillery*, n° 218221 ; *BJCP* 2002, n° 22, p. 189, concl. I. de Silva – CAA Lyon, 23 mai 2002, *Département Haute-Savoie c/ préfet de Haute-Savoie*, n° 96LY01979 ; *JCP A* 2003. 141, comm. F. Linditch – CAA Marseille, 18 juin 2002, *Centre Hospitalier Briançon*, n° 02MA01817.

¹⁸⁵⁵ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁸⁵⁶ *Idem*.

¹⁸⁵⁷ F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », *AJDA* 2006 p. 1277.

II : Une égalité strictement appréciée dans les autres procédures.

S'agissant des marchés à procédure négociée, le principe d'égalité est prégnant, l'article 66 du Code des marchés publics disposant que « *la négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux* ». Par conséquent, lors des négociations, toute attitude ou manœuvre visant à avantager ou désavantager un candidat est prohibée¹⁸⁵⁸. De plus, « *le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci* »¹⁸⁵⁹. Ainsi, méconnaît le principe d'égalité le fait d'informer une entreprise du montant de l'offre d'un autre candidat, alors que ce dernier n'a pas été informé des offres de ses concurrents¹⁸⁶⁰.

Concernant les marchés à procédure adaptée, rien n'est précisé dans le Code des marchés publics, si ce n'est que « *le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre* »¹⁸⁶¹. Toutefois, cela ne dispense pas l'autorité adjudicatrice du respect du principe d'égalité de traitement des candidats qui s'impose à tous les marchés passés en application du Code¹⁸⁶². Ainsi, la procédure est légale tant « *qu'aura été respectée tout au long de la procédure le principe d'égalité de traitement entre les candidats, dans l'expression des besoins et dans la communication de leurs modifications éventuelles, dans les délais, dans l'information communiquée, dans les relations entretenues avec chacun des candidats, dans*

¹⁸⁵⁸ CE, 22 avril 1983, *Auffret et autres*, n° 21509, *Rec.* p. 106 – CE, 5 décembre 1994, *Commune Le Vésinet*, n° 131680 ; *RDI*, 1995, p. 317 – CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon et Syndicat mixte pour la collecte et le traitement des déchets de la vallée de Montmorency*, n° 325465 ; *BJCP* 2009, p. 498.

¹⁸⁵⁹ Art. 66 du Code des marchés publics.

¹⁸⁶⁰ CAA Bordeaux, 5 novembre 2007, *CNRS*, n° 06BX02409 ; *AJDA* 2008, p. 317.

¹⁸⁶¹ Art. 28 du Code des marchés publics.

¹⁸⁶² CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Maugué ; *AJDA* 2002, 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.*, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude J. Gourdou et A. Bourrel.

les critères de choix »¹⁸⁶³. Par conséquent, la procédure et la négociation doivent être conduites dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats¹⁸⁶⁴.

Pour un certain nombre de contrats, l'autorité adjudicatrice peut recourir à la procédure de dialogue compétitif. Dans ce cadre, les textes¹⁸⁶⁵ imposent que chaque candidat soit « *entendu dans des conditions d'égalité* » et ne reçoivent pas du pouvoir adjudicateur « *des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres* ». De plus, « *des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent (...) avoir un effet discriminatoire* »¹⁸⁶⁶. Afin de respecter l'égalité de traitement des candidats, l'autorité adjudicatrice doit assurer des conditions de mise en concurrence égales pour tous. Dès lors, elle doit transmettre les mêmes informations à tous les candidats, et doit assurer un temps de discussion et une périodicité de convocation équivalents pour chacun.

L'égalité de traitement dispose donc d'une fonction fondamentale lors de la mise en concurrence, qui est appréciée de manière souple pour les délégations de service public, et de manière stricte pour les autres types de contrats. Elle dispose également d'un rôle prépondérant dans le choix des candidatures et des offres.

Paragraphe 2 : Une fonction de respect de l'égalité entre les candidats dans le choix des candidatures et des offres.

Le choix des candidatures et des offres est une phase fondamentale de toute procédure de passation. Faisant l'objet de deux phases distinctes¹⁸⁶⁷ appartenant au deuxième temps de

¹⁸⁶³ Pt. 10.3.2.2 de la Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* du 15 février 2012, p. 2600.

¹⁸⁶⁴ CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense*, préc – CE, 18 septembre 2015, *Société Axxcess*, n° 380821 : « *considérant que la décision du pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée ne saurait être utilement critiquée devant le juge ; qu'en revanche, s'il choisit, comme il lui est loisible de le faire, de ne négocier qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre, il appartient au juge, saisi d'un moyen sur ce point, de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent à lui, notamment le principe d'égalité de traitement des candidats* ».

¹⁸⁶⁵ Art. 67 du Code des marchés publics – Art. L1414-7 du Code général des collectivités territoriales – Art. 30 de la Directive 2014/24 préc. : « *au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les participants. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres* ».

¹⁸⁶⁶ Art. 67-VIII du Code des marchés publics.

¹⁸⁶⁷ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

la commande publique, ce choix est encadré par l'égalité de traitement des candidats. Ce principe garantit l'impartialité de l'autorité adjudicatrice lorsqu'elle met en œuvre les critères de sélection des candidatures et des offres préalablement définis. Dans ce cadre, l'analyse des procédures de passation dévoile que les fonctions du principe d'égalité de traitement varient en fonction du choix opéré.

Pour le choix des candidatures, l'égalité de traitement est appréciée strictement, quelque soit la procédure de passation **(A)**. Les critères de sélection des candidatures permettent d'apprécier objectivement la capacité d'un candidat à accéder à la mise en concurrence¹⁸⁶⁸. C'est pour cette raison que l'égalité revêt, dans la mise en œuvre des critères, un caractère impérieux. Pour le choix des offres, les fonctions de l'égalité de traitement varient en fonction de la nature et de l'objet du contrat envisagé **(B)**. Dans certains cas, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre ; si elle ne choisit pas l'offre correspondant au mieux aux critères, il y a rupture d'égalité entre les candidats. Dans d'autres cas, il est reconnu à l'autorité adjudicatrice une plus grande liberté dans le choix de l'offre ; dès lors, l'égalité de traitement s'applique avec plus de souplesse. Par conséquent, à l'instar du déroulement de la mise en concurrence, l'égalité de traitement ne fait pas l'objet d'une application uniforme pour le choix des candidatures et des offres.

A : Une égalité stricte dans le choix des candidatures.

L'égalité de traitement entre les candidats impose le respect d'un délai de remise des candidatures pour l'ensemble des candidats. Selon Laurent Richer, « *le respect des ces délais est impératif, car c'est sur leur existence que repose en grande partie l'égalité entre candidats* »¹⁸⁶⁹. Ainsi, toute candidature déposée après la date de remise des candidatures est irrecevable. Si le contrat est attribué à un candidat ayant déposé sa candidature hors-délai, il est entaché d'irrégularité¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁸⁶⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 415.

¹⁸⁷⁰ CE, 5 avril 1933, *Sieur Astay*, n° 9190, *Rec.* p. 408 – CE, 1^{er} mars 1968, *Laroche et Germain*, n° 69575, *Rec. T.* p. 1000 – CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne contre Commune de Francheville*, n° 148150, *Rec.* p. 411 ; *RDI*. 1998. 87, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre.

Avant l'examen des candidatures, l'administration peut demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature si elle constate l'absence de pièces devant être obligatoirement transmises¹⁸⁷¹. Toutefois, cette demande doit se faire dans des strictes conditions d'égalité, l'autorité adjudicatrice devant respecter les mêmes délais et les mêmes conditions pour l'ensemble des candidats¹⁸⁷². Une demande sur la teneur des offres ne peut être entreprise à ce stade de la procédure¹⁸⁷³. La Cour de justice de l'Union européenne confirme la possibilité d'une telle demande après l'expiration des délais, à condition qu'elle n'ait pas pour effet de « *favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée* »¹⁸⁷⁴. Par conséquent, les fonctions du principe d'égalité de traitement sont effectives bien avant l'examen effectif des candidatures.

Par la suite, il est procédé à l'analyse de chaque candidature au regard des conditions préalablement fixées dans la publicité ou le dossier remis aux candidats souhaitant soumissionner. Pour qu'une candidature soit conforme, elle doit remplir ces conditions. Si elle constate qu'une candidature n'est pas conforme au règlement de consultation, l'autorité adjudicatrice ne peut la modifier pour la rendre conforme, ou inviter le candidat à régulariser son dossier de candidature¹⁸⁷⁵, « *sans enfreindre la règle essentielle de l'égalité des concurrents* »¹⁸⁷⁶. Les candidatures qui ne remplissent pas les conditions doivent être rejetées, à peine d'irrégularité de la procédure¹⁸⁷⁷. L'autorité adjudicatrice est, dans ce cadre, en situation de compétence liée¹⁸⁷⁸. En revanche, les candidats remplissant l'ensemble de ces

¹⁸⁷¹ Pour exemple, art. 52 du Code des marchés publics : « *avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai* » – Art. 8 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

¹⁸⁷² *Idem.*

¹⁸⁷³ CE 4 mars 2011, *Région La Réunion*, n° 344197, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 2011. 196, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 132, note W. Zimmer.

¹⁸⁷⁴ CJUE, 10 octobre 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser*, aff. C-336/12 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, no 310, note W. Zimmer.

¹⁸⁷⁵ CE, 13 novembre 2002, *Commune du Mans*, n° 245354, *Rec. T.* p. 814 ; *AJDA* 2003. 32, note J.-D. Dreyfus.

¹⁸⁷⁶ CE, 25 juillet 1939, *Dame veuve Gautron*, n° 64734, *Rec.* p. 529.

¹⁸⁷⁷ CE, 28 avril 2006, *Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault*, n° 283942, *Rec. T.* p. 948 ; *Contrats et marchés publ.* 2006. comm. 166, note F. Olivier ; *ibid.*, comm. 206, concl. D. Casas – CE 26 mars 2014, *Commune de Chaumont*, n° 374387 ; *BJCP* 2014. 341, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 135, note W. Zimmer.

¹⁸⁷⁸ CE, 13 novembre 2002, *Commune du Mans*, préc. : « *qu'il résulte de ces dispositions que la commission d'appel d'offres est tenue de rejeter les candidatures ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 45 et 46 du code des marchés publics ou comportant des pièces non signées* » – CE 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n°

conditions doivent être admis à présenter une offre. Ainsi, en matière de délégation de service public, tout candidat présentant les garanties suffisantes doit figurer sur la liste des candidats sélectionnés¹⁸⁷⁹. L'autorité adjudicatrice ne peut rejeter une candidature remplissant les conditions au motif qu'une pièce supplémentaire est jointe au dossier¹⁸⁸⁰ ni prendre en compte des renseignements erronés fournis par un candidat, sous peine de fausser l'appréciation portée sur cette candidature au détriment des autres candidats¹⁸⁸¹.

En outre, il est possible de s'interroger sur la capacité du principe d'égalité d'empêcher le rejet d'une candidature exclusivement fondée sur l'existence d'une expérience antérieure fâcheuse avec le candidat. Le Conseil d'État¹⁸⁸² considère que les difficultés auxquelles a donné lieu la réalisation d'un contrat antérieur comparable au futur contrat peuvent motiver le rejet d'une candidature. Toutefois, l'autorité adjudicatrice ne peut se fonder uniquement sur ce motif sans examiner l'ensemble du dossier de candidature, et sans rechercher si d'autres éléments de la candidature permettent à la société de justifier des garanties techniques et financières suffisantes¹⁸⁸³. Sur cette question, le juge judiciaire adopte une position similaire¹⁸⁸⁴. Il est à noter que la nouvelle directive sur les marchés publics mentionne la capacité d'exclure un opérateur économique pour ce motif¹⁸⁸⁵. Dans le même sens, l'existence

281976, *Rec.* p. 240 ; *AJDA* 2006. 1619, note M. Lacrouts ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 204, obs. J.-P. Pietri.

¹⁸⁷⁹ CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest-Seine-et-Marnais*, n° 198147 ; *Rec.* p. 230 ; *AJDA* 1999. 714, concl. C. Bergé – CAA Lyon, 17 décembre 2009, *Commune de Saint-Pourçain-sur-Sioule*, n° 07LY01514.

¹⁸⁸⁰ CE, 8 août 2008, *Ville de Marseille*, n° 312370 ; *AJDA* 2008. 1569, obs. J.-M. pastor ; *JCP A* 2008. 2214, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 255, obs. W. Zimmer.

¹⁸⁸¹ CE, 3 octobre 2012, *Société Déménagements Le Gars Hauts-de-Seine Déménagements*, n° 360952, *Rec. T.* p. 848 ; *BJCP* 2013. 16, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 304, note J.-P. Pietri.

¹⁸⁸² CE, 27 février 1987, *Hôpital départemental d'Esquirol*, n° 59645 ; *Dr. adm.* 1987, comm. 232 ; *RDP* 1988, p. 1420, chron. F. Llorens – CAA Paris, 5 décembre 2002, *Pezzino c/ UGAP*, n° 99PA02224 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 71, comm. V. Haïm ; *CP-ACCP* juin 2003, p. 13 ; *LPA* 1er déc. 2003, p. 6, chron. L. Vidal – CE, 24 novembre 2008, *Société EL ALE*, n° 292256 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 11, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

¹⁸⁸³ CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, n° 324153 ; *Rec. T.* p. 831 ; *BJCP* 2009, n° 66, p. 374, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 271, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2009, comm. 112, note A. Ruellan ; *RDI* 2009. 472, note R. Noguellou – CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la défense c/ Société Multi travaux Guyane*, n° 341132, *Rec. T.* p. 885 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 27, note F. Llorens ; *AJDA* 2011. 1348, note L. Moreau ; *Dr. adm.* 2011, comm. 8, note Coronat ; *JCP A* 2011, 2028 – CE, 24 novembre 2010, *Commune de Ramatuelle*, n° 335703, *Rec. p.* 451 ; *BJCP* 2011, p. 74, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 23, note G. Eckert.

¹⁸⁸⁴ Cass. Com., 4 octobre 2011, n° 10-26.702.

¹⁸⁸⁵ Art. 57 de la Directive 2014/24 préc. : « les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : (...) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ».

d'incompatibilité d'humeur lors de l'exécution d'un précédent contrat ne peut justifier le rejet de la candidature¹⁸⁸⁶. La question se pose également du rejet de la candidature d'une entreprise qui a participé à la préparation du contrat. Cette dernière peut être en situation d'avantage par rapport aux autres candidats, créant ainsi une rupture d'égalité. Le rejet est possible si l'entreprise, à cette occasion, a recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats¹⁸⁸⁷.

Par conséquent, lors de l'examen des candidatures, le principe d'égalité de traitement permet de s'assurer que l'autorité adjudicatrice traite de la même manière l'ensemble des candidats et qu'elle ne prend aucune décision de manière arbitraire, dans le but d'avantager ou de désavantager un candidat. À ce titre, l'appréciation portée par l'autorité adjudicatrice sur les candidatures fait l'objet d'un contrôle de la part du juge. Toutefois, afin de laisser une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation des dossiers, ce contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation, tant devant le juge administratif¹⁸⁸⁸ que le juge judiciaire¹⁸⁸⁹. S'agissant du choix des offres, l'égalité de traitement ne fait pas l'objet d'une application uniforme.

B : Une égalité protéiforme dans le choix des offres.

L'égalité de traitement intervient à deux reprises dans le processus de sélection du futur cocontractant. En premier lieu, elle conditionne le choix des critères de sélection des offres (I). Ces critères et leurs modalités de mise en œuvre ne doivent pas avoir pour effet d'aboutir à une sélection discriminatoire des offres. En second lieu, ce principe prohibe la survenance d'une rupture d'égalité d'une part, dans la mise en œuvre concrète des critères, d'autre part, dans le choix des offres (II). C'est lors de cette dernière phase que l'égalité de traitement varie en fonction de la nature et de l'objet du contrat. Lorsque le choix porte sur

¹⁸⁸⁶ CAA Marseille, 16 mai 2000, *Société Raffalli*, n° 97MA00916 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 38 ; *Contrats et marchés publ.* 2000, comm. 39.

¹⁸⁸⁷ CE, 29 juillet 1998, *Ministre de la Justice c/ Société Génicorp*, n° 177952, *Rec. T.* p. 1017 ; *RDI.* 1999. 87, chron. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 1998, comm. 98, note Ph. Delelis – CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et aff. C-34/03, *Rec. p.* I-01559 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 78, note W. Zimmer.

¹⁸⁸⁸ CE, 13 octobre 1993, *Commune de Mées c/ Société Someco*, n° 142080 ; *RDI.* 1994. 47, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE 17 septembre 2014, *Société Delta Process*, n° 378722 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 292, note G. Eckert.

¹⁸⁸⁹ Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-17.890.

l'offre économiquement la plus avantageuse, l'égalité est appliquée strictement. En revanche, elle est plus souple lorsque l'autorité adjudicatrice dispose de plus de liberté dans le choix du cocontractant.

I : L'égalité de traitement dans le choix des critères de sélection des offres.

Les critères de sélection des offres sont généralement fixés par l'autorité adjudicatrice avant le lancement de la procédure de passation, lorsqu'elle détermine ses besoins¹⁸⁹⁰. Dès lors, il est possible d'imaginer que le choix des critères d'attribution du contrat appartient au premier temps de la commande publique, et dépend donc du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence¹⁸⁹¹. Ce n'est pas l'analyse retenue dans les développements qui suivent.

D'une part, ces critères sont mis en œuvre après la phase d'accès à la mise en concurrence, finalisée par la sélection des candidatures¹⁸⁹². Lorsque les offres sont examinées, les candidats ont déjà accédé à la mise en concurrence. D'autre part, le choix des critères des offres n'a pas de rapport avec une logique d'accès des candidats à la mise en concurrence, puisqu'ils permettent à l'autorité adjudicatrice de choisir le cocontractant. Par conséquent, ces critères procèdent d'une logique de mise en concurrence effective entre les candidats d'ores et déjà sélectionnés pour présenter une offre. C'est pour cette raison que les critères de sélection des candidatures et les critères d'attribution du contrat sont distingués pendant la procédure de passation.

Par conséquent, le choix des critères de sélection des offres doit être analysé à l'aune du deuxième temps de la commande publique, sur le fondement de l'égalité de traitement des candidats¹⁸⁹³. Ainsi, « *la question des critères de sélection des offres est essentielle au respect du principe d'égalité entre les candidats (...) C'est en effet à ce stade que tout se joue et, par la définition des critères de sélection, le pouvoir adjudicateur prédétermine le choix qu'il va faire. La jurisprudence est donc particulièrement attentive à ce que les critères posés ne soient pas discriminants et à ce que l'information des candidats soit parfaitement*

¹⁸⁹⁰ Pour les procédures formalisées, cette analyse est avérée, l'autorité adjudicatrice devant faire apparaître dans l'avis d'appel public à la concurrence les critères d'attribution du contrat (art. 53 du Code des marchés publics). C'est également le cas lorsque, pour les autres types de procédure, elle décide de faire connaître les critères d'attribution dans la publicité initiale.

¹⁸⁹¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁸⁹² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

¹⁸⁹³ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

assurée »¹⁸⁹⁴. Dès lors, l'autorité adjudicatrice doit se fonder sur le principe d'égalité de traitement des candidats lorsqu'elle fixe les critères de sélection des offres, et ce même lorsque ce choix intervient en amont de la procédure de passation.

Les fonctions du principe d'égalité de traitement des candidats, s'agissant des critères de choix des offres, dépendent de la nature du contrat envisagé. Pour les marchés publics, l'égalité joue un rôle important dans le choix des critères d'attribution. L'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de définir des critères qui lui permettent de choisir « *l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹⁸⁹⁵, réduisant ainsi sa liberté de choix. À cet égard, l'article 53 du Code des marchés publics, qui s'applique à l'ensemble des procédures, pose deux conditions. Si le pouvoir adjudicateur a recours à une pluralité de critères¹⁸⁹⁶, ces derniers doivent être « *non discriminatoires et liés à l'objet du marché* »¹⁸⁹⁷. Ils doivent être suffisamment précis pour ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur¹⁸⁹⁸. Cet impératif de précision est désormais réceptionné par le pouvoir normatif, puisque l'article 52 de la nouvelle ordonnance sur les marchés publics dispose que ces critères doivent être « *précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* »¹⁸⁹⁹. En outre, ils doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence, en ce sens qu'ils ne doivent pas enfermer l'autorité adjudicatrice dans un choix prédéterminé au détriment de

¹⁸⁹⁴ R. NOUGUELLOU, obs. sous CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n°337377, *RDI* 2010, p. 555.

¹⁸⁹⁵ Art. 53 du Code des marchés publics – Art. 67 de la directive 2014/24 préc. : « *sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse* » - Art. 52-I de l'ordonnance 2015-899 préc. : « *le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

¹⁸⁹⁶ Le Code des marchés publics proposent une liste de critères qui n'est pas exhaustive : « *la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles* ». Par conséquent, d'autres critères peuvent être retenus, « *s'ils sont justifiés par l'objet du marché* ».

¹⁸⁹⁷ Ces développements concernent également les contrats soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics : Cass. Com., 15 novembre 2011, n° 10-25.654.

¹⁸⁹⁸ CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197, *Rec. T.* p. 948 ; *BJCP* 2006, p. 268, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 593, note F. Brenet ; *Dr. adm.* 2006, comm. 149, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 165, obs. G. Eckert – Art. 52-I de l'ordonnance n° 2015-899 préc. : « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence* ».

¹⁸⁹⁹ Art. 52-I de l'ordonnance n° 2015-899 préc.

l'ensemble des candidats¹⁹⁰⁰. Si tel était le cas, il y aurait nécessairement une rupture d'égalité. S'il choisit de recourir à un seul critère, « *compte tenu de l'objet du marché* », cela ne peut être que le prix¹⁹⁰¹. Les critères doivent obligatoirement être pondérés, ou à défaut, hiérarchisés¹⁹⁰².

La Cour de justice de l'Union européenne précise ces conditions, en exigeant que ces critères soient « *liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, soient expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* »¹⁹⁰³. En ce sens, « *les critères ont forcément pour objet de discriminer entre des candidats et des offres ; mais discriminant ne signifie pas discriminatoire. Le critère doit avoir pour seul objet d'apprécier les mérites, sans discrimination a priori* »¹⁹⁰⁴. À ce titre, l'exigence d'un rapport avec l'objet du marché et l'interdiction du critère discriminatoire se rejoignent, car « *un critère qui n'est pas en rapport avec l'objet du marché sera très probablement discriminatoire et vice-versa* »¹⁹⁰⁵. Par conséquent, l'égalité de traitement dispose d'une fonction d'encadrement du choix des critères de sélection des offres en droit des marchés publics, le juge vérifiant que ces derniers n'ont pas un effet discriminatoire¹⁹⁰⁶. En outre, le juge exerce un contrôle sur la méthode de notation¹⁹⁰⁷ des offres¹⁹⁰⁸, cette

¹⁹⁰⁰ *Idem.* : « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence* ».

¹⁹⁰¹ Il est à noter qu'il est illégal de ne retenir que le prix lorsque la prestation envisagée est complexe : CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, n° 298584, *Rec. T.* p. 745 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 293, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007. 832, obs. M.-C. de Montecler ; *Dr. adm.* 2007, comm. 113, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 171, note J.-P. Piétri.

¹⁹⁰² Art. 53 du Code des marchés publics.

¹⁹⁰³ CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *Rec.* p. I-7213 ; *BJCP* 2003, p. 14, concl. Mischo ; *Dr. adm.* 2002, comm. 174, note A. Ménéménis ; *Europe* 2002, comm. 376, Berrod ; *AJDA* 2003. 433 note D. Blaise ; *Dr. env.* 2002, n° 103, note Ph. Cossalter – CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.* p. I-14527 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 28, note Ph. Delelis – CJCE, 10 mai 2012, *Commission Européenne c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10 ; *BJCP* 2012, p. 279, concl. J. Kokott, obs. S. N. ; *AJDA* 2012. 982, obs. R. Grand ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 209, note W. Zimmer.

¹⁹⁰⁴ L. RICHER, *op. cit.*, p. 402.

¹⁹⁰⁵ *Idem.*

¹⁹⁰⁶ CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254, *Rec. T.* p. 1007 ; *AJDA* 2011. 1599, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 586, obs. J.-G. Sorbara ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 287, note W. Zimmer.

¹⁹⁰⁷ La méthode de notation est la « *méthodologie d'évaluation permettant à un pouvoir adjudicateur d'attribuer des notes aux offres déposées par les candidats* » : D. GUILLOU, « Critères, sous-critères et méthodes de notation : une distinction délicate », *CP-ACCP*, février 2013, p. 37 – Elle « *consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard d'un critère donné* » : B. DACOSTA, concl. sur CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval*, n° 348711, *BJCP* n° 79, p. 435.

¹⁹⁰⁸ CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532, *Rec. T.* p. 844 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 28, note W. Zimmer.

dernière ne devant pas avoir d'effet discriminatoire¹⁹⁰⁹, et devant obligatoirement conduire l'autorité adjudicatrice à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁹¹⁰.

Pour les contrats de partenariat, la logique semble être la même que celle des marchés publics, puisque la personne publique doit attribuer le contrat au candidat « *qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹⁹¹¹. Concernant le choix des critères, doivent obligatoirement figurer « *le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* »¹⁹¹². De plus, « *d'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages, équipements ou biens immatériels, leur qualité architecturale, esthétique ou fonctionnelle* »¹⁹¹³. Le principe d'égalité de traitement n'est pas expressément mentionné, mais l'exigence que les critères soient en rapport avec l'objet du contrat démontre une volonté du législateur de ne pas permettre à la personne publique de choisir des critères dont la mise en œuvre aurait un effet discriminatoire.

S'agissant des délégations de service public, le délégant dispose d'une plus grande liberté dans le choix du délégataire, ce qui explique que la définition des critères des offres soit

¹⁹⁰⁹ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres*, n° 354652, *Rec. T.* p. 858 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 198, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2012, 2327, concl. N. Boulouis – CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854 ; *BJCP* 2013. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 105, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2013, comm. 2326, note M.-C. Vincent-Legoux ; *AJCT* 2013. 360, obs. S. Hul – CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, n° 364827, *Rec. T.* p. 694 ; *BJCP* 2013. 342, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, note G. Eckert – CE, 29 octobre 2013, *Val-d'Oise Habitat*, n° 370789 ; *AJDA* 2013. 2183, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2013. actu. 882, obs. L. Erstein, et 2014, n° 2098, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 4, note P. Devillers ; *AJCT* 2014. 111, obs. O. Didriche.

¹⁹¹⁰ CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, *Rec. p.* 323 : « *considérant, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation* » ; *AJDA* 2015. 532, note H. Hoepffner ; *AJCT* 2015. 97, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2015. comm. 39, note P. Devillers.

¹⁹¹¹ Art. L1414-9 du Code général des collectivités territoriales : « *le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7* ».

¹⁹¹² *Idem.*

¹⁹¹³ *Idem.*

moins réglementée que pour les marchés publics. Toutefois, cette définition n'est pas totalement libre¹⁹¹⁴. Les critères retenus doivent être justifiés par les caractéristiques et l'objet de la délégation¹⁹¹⁵. Ainsi, « *comme en matière de marchés publics, le délégant ne peut appliquer que des critères en rapport avec l'objet du contrat* »¹⁹¹⁶, et qui n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'égalité des candidats¹⁹¹⁷. Le choix de l'autorité délégante fait l'objet d'un contrôle plus souple que pour les marchés publics¹⁹¹⁸, le délégant n'étant pas enfermé dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'égalité de traitement des candidats impose que les critères d'attribution ne puissent être modifiés une fois qu'ils sont connus des candidats réels, c'est à dire après la date de dépôt des candidatures¹⁹¹⁹. Cette interdiction permet d'empêcher l'autorité adjudicatrice de modifier les modalités de choix de l'offre afin d'avantager ou de désavantager l'un des candidats. La Commission européenne¹⁹²⁰ indique en ce sens que « *les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent être modifiés en cours de procédure pour d'évidentes raisons d'égalité de traitement (...). Les possibilités de « piloter » la procédure en faveur de l'un ou l'autre (les candidats) ne sont que trop évidentes* ». À ce titre, le législateur de l'Union européenne affirme désormais que « *les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques*

¹⁹¹⁴ Cette liberté de choix est atténuée depuis la découverte, par le Conseil d'État, d'une obligation d'informer les candidats des critères d'attribution avant la date de dépôt des offres. Ainsi, « *l'obligation d'information des candidats sur les critères de jugement des offres n'est pas sans emporter un certain nombre de conséquences pratiques. En premier lieu, une telle information suppose logiquement une définition préalable desdits critères par l'autorité délégante. À l'instar de la jurisprudence consacrée en matière de marchés publics, la définition des critères sera effectuée en conformité avec l'objet du contrat et de façon objective* » : X. MOURIESSE, « Les critères de jugement des offres dans les délégations de service public », *Contrats et marchés publ.* 2010, prat. 2.

¹⁹¹⁵ TA Toulouse, 5 janvier 2010, *Société Lyonnaise des eaux*, n° 0905678 ; *BJCP* 2010, p. 158 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 117, obs. J.-P. Piétri.

¹⁹¹⁶ J.-P. PIÉTRI, « Critères de sélection des offres et principes fondamentaux de la commande publique », comm. sous TA Toulouse, ord., 5 janvier 2010, *Société Lyonnaise des eaux*, *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 117.

¹⁹¹⁷ CE, 6 juillet 2005, *Société Groupe partouche*, n° 256977 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 254, note G. Eckert.

¹⁹¹⁸ Le juge opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.* p. 805 ; *AJDA* 2008. 2454, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 296, obs. G. Eckert.

¹⁹¹⁹ Lorsque l'information appropriée sur les critères d'attribution a été communiquée aux candidats potentiels avant la date limite de dépôt des candidatures, le fondement de l'encadrement des modifications est le principe de liberté d'accès à la commande publique : cf. *infra*, Section 2, §1.

¹⁹²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : Doc. CC/2005/04 FR.

»¹⁹²¹. Le principe d'égalité de traitement permet donc d'instaurer une intangibilité des critères d'attribution.

Cette logique d'intangibilité est réceptionnée par les jurisprudences de droit interne, administrative et judiciaire¹⁹²², et de droit l'Union européenne. Par conséquent, les critères d'attribution ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure¹⁹²³, l'autorité adjudicatrice ne pouvant les modifier ou les neutraliser dans le but d'avantager un ou plusieurs candidats¹⁹²⁴. En outre, cette interdiction est effective « *sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la dite modification a effectivement eu un effet discriminatoire réel, le seul effet potentiellement discriminatoire étant jugé suffisant* »¹⁹²⁵. Il en est de même de la pondération attribuée initialement à chaque critère¹⁹²⁶. Dans le même sens, un sous-critère et sa pondération ne peuvent avoir pour effet de modifier les critères d'attribution du contrat¹⁹²⁷.

En résumé, l'égalité de traitement dispose d'un rôle prépondérant dans le choix des critères de sélection des offres. Il en est de même lorsque l'autorité adjudicatrice met effectivement en œuvre ces critères afin de sélectionner son futur cocontractant.

II : Une égalité de traitement protéiforme dans la mise en œuvre des critères de sélection des offres.

À l'instar des candidatures, l'égalité de traitement des candidats impose le respect d'un délai de remise des offres identique pour l'ensemble des candidats admis à présenter une offre. Ce délai dispose d'un caractère impératif¹⁹²⁸, toute offre communiquée après ce délai

¹⁹²¹ Pt. (45) de la Directive 2014/24/UE préc.

¹⁹²² Cass. Com., 26 mai 2009, *Société Neuf Cegetel c. La Poste*, n° 08-14.534, *D.* 2009. 1541, *Bull.* 2009, IV, n° 69 ; *Contrats et marché publ.* 2009, comm. 245, F. Llorens.

¹⁹²³ CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, préc., pt 92.

¹⁹²⁴ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

¹⁹²⁵ A.-L. DURVIAUX, obs sous CJUE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, n° C-226/09, *RTD Eur.* 2011 p. 429.

¹⁹²⁶ CJUE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807 ; *AJDA* 2010. 2242 ; *ibid.* 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 6, note W. Zimmer.

¹⁹²⁷ CJCE, 24 novembre 2005 *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia*, aff. C-331/04, *Rec.* p. I-10109 ; *AJDA* 2006. 255, note F. Donnat, C. Lambert.

¹⁹²⁸ CE, 15 novembre 1996, *Société Guadeloupe entretien maintenance*, n° 159520, *Rec. T.* p. 1010 ; *RDI.* 1997, p. 73, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre.

est par conséquent irrégulière¹⁹²⁹, sauf si le retard est imputable à l'administration¹⁹³⁰. Si le contrat est attribué à un candidat qui n'a pas respecté ce délai, la procédure est entachée d'irrégularité¹⁹³¹. Lorsque la procédure de passation implique l'existence de délais intermédiaires, l'égalité de traitement contraint l'autorité adjudicatrice à appliquer les mêmes délais pour l'ensemble des candidats participant à la négociation¹⁹³². Enfin, si l'autorité adjudicatrice décide de proroger le délai de remise des offres, elle doit en faire bénéficier l'ensemble des candidats¹⁹³³.

L'emploi des critères de choix des offres ne doit pas varier d'un candidat à l'autre, et doit donc faire l'objet d'une application uniforme¹⁹³⁴. Pour éviter que l'autorité adjudicatrice n'avantage un candidat lors de l'examen des offres, elle est tenue de se conformer strictement aux critères de choix mentionnés dans la publicité ou dans le règlement de consultation transmis aux candidats admis à présenter une offre¹⁹³⁵, ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation. Par conséquent, l'administration ne peut utiliser un critère étranger à ceux communiqués aux candidats¹⁹³⁶. Il en est de même pour les sous-critères, lorsqu'ils sont communiqués aux candidats avant le dépôt de leur offre¹⁹³⁷. En outre, pour ne pas rompre l'égalité entre les candidats, l'autorité adjudicatrice ne peut attribuer le contrat à un candidat qui ne remplit pas les critères de choix des offres¹⁹³⁸. Elle doit également veiller à analyser l'ensemble des caractéristiques de toutes les offres qui ont été déposées par les candidats¹⁹³⁹, et les comparer effectivement entre elles¹⁹⁴⁰.

¹⁹²⁹ CE, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte et SNC Sogea Mayotte*, n° 300034, *Rec. T.* p. 809 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 298, obs. E. Delacour

¹⁹³⁰ CAA Paris, 9 novembre 2004, *Société travaux électriques industriels française*, n° 00PA02573 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 39, obs. F. Llorens.

¹⁹³¹ CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956, *Rec.* p. 433 ; *AJDA* 1997. 185, concl. C. Maugué ; *RDI.* 1997, p. 73, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 14 mars 2003, *Société Dragados obras y proyectos*, n° 250808 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 103, note J.-P. Piétri.

¹⁹³² CE, 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin-de-Ré*, préc.

¹⁹³³ TA Paris, 26 juin 1995, *Société Bull*, *Rec. T.* p. 895 ; *Dr. adm.* 1998, comm. 191.

¹⁹³⁴ CE, 9 juillet 1948, *Sieur Bourgade et autres*, n° 68956, *Rec.* p. 314.

¹⁹³⁵ CE, 25 novembre 1998, *Onteniente*, n° 185442, *Rec.* p. 446 – CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC c/ ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia*, aff. C-331/04, préc.

¹⁹³⁶ CE, 1^{er} avril 1994, *SA Établissements J. Richard Ducros*, n° 120121 – CE, 28 juillet 2000, *Commune Villefranche-de-Rouergue*.

¹⁹³⁷ CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279 ; *AJDA* 2010. 706 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 165, obs. W. Zimmer.

¹⁹³⁸ TA Limoges, 22 mars 1990, *SARL Alpha's Electronique*, *Rec. T.* p. 861 – CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, n° 339406, *Rec. T.* p. 1007 ; *BJCP* 2011, p. 313 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 246, note P. Devillers.

¹⁹³⁹ CE, 26 septembre 1994, *Commune de Lattes*, n° 141975 ; *RDI.* 1995. 97, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁹⁴⁰ CE, 27 juillet 1984, *Société Biro et fils*, n° 44919, *Rec.* p. 303.

En matière de marchés publics, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation, au préalable, d'éliminer « *les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables* »¹⁹⁴¹, sans avoir la possibilité de demander aux candidats de régulariser leur offre. Ainsi, l'autorité adjudicatrice ne dispose d'aucune marge de manœuvre lui permettant d'avantager un candidat dont la soumission n'est qu'une offre de « façade ». Cette règle doit être relativisée s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée avec négociation. Il est admis que dans le cadre de cette procédure, l'autorité adjudicatrice puisse « *librement choisir* »¹⁹⁴² les candidats avec lesquels elle souhaite négocier. En conséquence de la reconnaissance de cette liberté, elle peut « *admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée* »¹⁹⁴³. Toutefois, afin de garantir l'impartialité de l'autorité adjudicatrice, cette possibilité ne peut s'opérer que « *dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats* »¹⁹⁴⁴. S'agissant des délégations de service public, la règle est également plus souple, puisqu'une offre non conforme peut être régularisée et admise à la négociation si cela « *ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges* », et si ce choix n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres¹⁹⁴⁵.

S'agissant du choix de l'offre à proprement parler, les règles diffèrent en fonction du type de procédure et du type de contrat. L'autorité adjudicatrice dispose de très peu de marge de manœuvre lorsqu'elle doit choisir l'offre économiquement la plus avantageuse à l'issue de la procédure de passation. L'égalité de traitement imposant que les critères soient strictement respectés et appliqués de la même manière à l'ensemble des candidats, toute attribution à une offre qui ne remplit pas au mieux ces critères constitue une rupture d'égalité entre les candidats. Lorsque le seul critère est le prix, le contrat doit être attribué au candidat qui propose le meilleur prix. Dans le cas contraire, la procédure est irrégulière¹⁹⁴⁶. En cas de pluralité de critères, l'autorité adjudicatrice dresse un classement par mérite, et le contrat doit

¹⁹⁴¹ Art. 53-III du Code des marchés publics.

¹⁹⁴² CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 353121, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 2012, p. 86, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2011. 2384, obs. R. Grand ; *Dr. adm.* 2012, comm. 14, obs. F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 11, obs. G. Eckert.

¹⁹⁴³ *Idem.*

¹⁹⁴⁴ *Idem.*

¹⁹⁴⁵ CE, ord., 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618 ; *Rec.* p. 566 ; *CP-ACCP* 2007, n° 64, p. 48, obs. L. Givord et J.-P. Markus ; *AJDA* 2007. 185, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, comm. 54, obs. G. Eckert. – CE, 5 janvier 2011, *Société Voyages Dupas Lebeda*, n° 342158, *Rec. T.* p. 1022 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 84, obs. W. Zimmer ; *BJCP* 2011, p. 155 ; *AJDA* 2011. 13.

¹⁹⁴⁶ CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze contre SARL Alpha Ambulance*, n° 111555, *Rec. T.* p. 1105.

être attribué au premier candidat figurant sur cette liste. Le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix de l'attributaire du contrat.

Il est à noter que pour les marchés publics, le Code des marchés publics prévoit, en cas d'équivalence des offres, un droit de préférence au profit des sociétés coopératives de production, des groupements de producteurs agricoles, des artisans, des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives d'artistes¹⁹⁴⁷. Toutefois, « *si, dans un but d'intérêt général inspiré notamment par des préoccupations sociales, le pouvoir réglementaire peut adopter des dispositions qui favorisent l'attribution de marchés à certaines catégories d'organismes, ce ne peut être que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de ce but et dans le respect du principe d'égalité et du principe de libre concurrence consacrés tant par le droit interne que par le droit communautaire* »¹⁹⁴⁸. Par conséquent, l'égalité de traitement des candidats doit être respectée, et ce même en cas de droit de préférence.

L'autorité délégante dispose d'une plus grande marge de manœuvre lorsqu'elle doit choisir son cocontractant dans le cadre des délégations de service public. L'égalité de traitement des candidats doit être respectée tout au long de la procédure¹⁹⁴⁹, mais l'administration, en raison de l'*intuitu personae* qui caractérise ce type de contrat, dispose d'une certaine liberté dans le choix du délégataire. Au départ, cette liberté de choix est totale¹⁹⁵⁰, et l'introduction d'une procédure de publicité et de mise en concurrence obligatoire ne revient pas sur cette liberté, dans la mesure où la loi *Sapin*¹⁹⁵¹ et les textes ne lient pas l'autorité délégante dans son choix.

Désormais, cette liberté de choix est réduite pour deux raisons : d'une part, par l'introduction d'un contrôle de l'erreur manifeste dans le respect des critères de choix¹⁹⁵² ; d'autre part, par

¹⁹⁴⁷ Art. 53-IV du Code des marchés publics.

¹⁹⁴⁸ CAA Bordeaux, 4 mars 2003, *Département des Deux-Sèvres*, n° 00BX01170 ; *AJDA* 2003. 895, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP* juin 2003, p. 13 ; *RDI*. 2003. 458, chron. J.-D. Dreyfus et M. Degoffe.

¹⁹⁴⁹ Cf. *Supra*.

¹⁹⁵⁰ CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron*, *Rec.* p. 1280. – CE, Ass., 3 mars 1993, *Association des amis de la forêt de Saint-Germain et de Marly et a.*, n° 142226 ; *AJDA* 1993. 384 ; *ibid.* 340, chron. C. Maugué et L. Touvet ; *D.* 1995. 335, note F. Fines ; *RDI* 1994. 27, obs. Y. Jégouzo et J. Lamarque ; *RFDA* 1994. 310, obs. J. Morand-Deville.

¹⁹⁵¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

¹⁹⁵² CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, préc.

l'obligation de publier, avant le dépôt des offres, les critères de sélection¹⁹⁵³. Comme le souligne Frédéric Dieu, « *la collectivité ne pourra en aucun cas retenir une offre ne correspondant pas à ces critères, sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation entraînant l'annulation par le juge de la décision d'attribution du contrat* »¹⁹⁵⁴. Toutefois, n'étant pas obligée de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, l'autorité délégante dispose encore d'une certaine liberté de choix. Ainsi, « *l'offre correspondant le mieux aux critères de la collectivité n'a pas l'assurance d'être retenue* »¹⁹⁵⁵. De plus, la publicité des modalités de mise en œuvre des critères n'étant pas imposée, l'autorité délégante « *choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées* »¹⁹⁵⁶. Par conséquent, l'autorité délégante ne doit pas rompre manifestement l'égalité entre les candidats dans le choix de son délégataire.

Il est possible de se demander si cette liberté de choix est toujours préservée depuis l'adoption de la nouvelle directive sur les concessions¹⁹⁵⁷. En effet, l'article 41 de la directive dispose d'une part que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice établit une liste des critères par ordre décroissant d'importance* », ce qui implique que l'autorité délégante doit respecter cet ordre. D'autre part, « *les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs qui respectent les principes énoncés à l'article 3 et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global* », et ces critères « *ne confèrent pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice* ». Par conséquent, il semble que pour les concessions entrant dans le champ d'application de la directive, la liberté de choix soit amoindrie.

L'égalité de traitement des candidats dispose donc d'une fonction fondamentale lors du déroulement de la procédure, et lors du choix des candidatures et des offres. Une analyse

¹⁹⁵³ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, Rec. p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹⁹⁵⁴ F. DIEU, note sous CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *JCP A* 2010, comm. 2103.

¹⁹⁵⁵ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, p. 103.

¹⁹⁵⁶ CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société Veolia Propreté*, n° 10LY00536 ; *AJDA* 2012. 83, chron. C. Vinet.

¹⁹⁵⁷ Directive 2014/23/UE préc.

approfondie des procédures de passation dévoile que ce principe s'applique à différents degrés en fonction de la nature du contrat envisagé. Soit l'égalité est appréciée strictement, soit elle est plus relative. Dans tous les cas, et pour l'ensemble des procédures des contrats de la commande publique, l'égalité impose une obligation minimale de traiter de la même manière l'ensemble des candidats réels. L'égalité de traitement dispose également d'une fonction globale de protection de la mise en concurrence lors du déroulement de la procédure, par la reconnaissance et la sanction du conflit d'intérêts et du délit d'octroi d'avantage injustifié.

Paragraphe 3 : Une fonction spécifique de protection de la mise en concurrence par la garantie d'impartialité de la procédure de passation.

Afin de garantir l'égalité de traitement des candidats lors des procédures de passation, le législateur a mis en place des mécanismes spécifiques¹⁹⁵⁸ qui permettent de sanctionner toute manœuvre ou tout comportement remettant en cause l'impartialité de l'ensemble de la procédure. À cet égard, le principe d'égalité de traitement dispose d'une fonction globale de protection de la mise en concurrence, dont la réalisation s'étend au-delà de la simple rupture d'égalité entre les candidats. L'égalité prohibe ainsi tout comportement s'assimilant à un conflit d'intérêts (A) ou à un délit d'octroi d'avantage injustifié (B).

A : Une fonction de protection de la mise en concurrence par la prohibition du conflit d'intérêts.

La moralisation de l'achat public est un objectif pérenne du droit de la commande publique¹⁹⁵⁹. Pourtant, ainsi que l'affirme Paul Cassia¹⁹⁶⁰, « *la passation des contrats de la commande publique est un terreau fertile aux conflits d'intérêts* ». En effet, dans certaines procédures, une commission ou un jury sont chargés de procéder à la sélection des

¹⁹⁵⁸ Ces mécanismes sont dits spécifiques dans la mesure où leur reconnaissance et leur sanction vont au-delà de la simple méconnaissance de l'obligation de mise en concurrence.

¹⁹⁵⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁶⁰ P. CASSIA, « Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 1040.

candidatures et des offres. Ce processus de sélection est propice à l'existence d'un conflit d'intérêts, car l'un des membres de ces entités est susceptible d'avoir un intérêt non légitime à ce que le contrat soit attribué à un candidat particulier. C'est pourquoi le principe d'égalité de traitement des candidats est prégnant s'agissant des règles relatives à la composition et au fonctionnement de ces entités.

Le conflit d'intérêts désigne « *une situation d'interférence dans laquelle une personne chargée d'une mission publique a également des intérêts privés ou d'autres intérêts publics qui peuvent influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de cette mission* »¹⁹⁶¹. Selon la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique¹⁹⁶², c'est « *une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* ». En ce sens, l'article L2131-11 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ». Le législateur européen donne désormais une définition de la notion de conflit d'intérêts, dans l'article 24 de la directive 2014/24 sur les marchés publics¹⁹⁶³. Cette notion « *visé au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché* ». La directive concession adopte une définition similaire¹⁹⁶⁴. L'intérêt peut être matériel¹⁹⁶⁵ ou personnel¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶¹ J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Dr. adm.* 2010, Étude 24.

¹⁹⁶² Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique remis au Président de la République le 26 janvier 2011, disponible sur le site internet www.conflits-interets.fr, p. 19.

¹⁹⁶³ Directive 2014/24/UE préc.

¹⁹⁶⁴ Art. 35 de la Directive 2014/23/UE préc. : « *la notion de conflit d'intérêts vise au moins les situations dans lesquelles des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui participent au déroulement de la procédure d'attribution de concession ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité et leur indépendance dans le cadre de la procédure d'attribution de concession* ».

¹⁹⁶⁵ L'intérêt peut être patrimonial, professionnel, commercial ou financier.

¹⁹⁶⁶ L'intérêt peut être moral, politique, familial, idéologique ...

Les textes prévoient explicitement le respect du principe d'impartialité en empêchant la survenance d'un conflit d'intérêts¹⁹⁶⁷. C'est par exemple le cas de l'article 24 du Code des marchés publics, relatif aux concours, qui dispose que « *le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours* ». Dans le silence des textes, le principe d'égalité de traitement garantit la prohibition et le contrôle du conflit d'intérêts, en assurant « *l'impartialité et la transparence de la procédure* »¹⁹⁶⁸ dans la sélection des candidatures et des offres. À cet égard, le Conseil d'État exige très tôt que le jury de sélection des candidats fonctionne « *avec toutes les garanties d'impartialité désirables* »¹⁹⁶⁹. Ainsi, la composition et le fonctionnement de ces entités ne doivent pas révéler l'existence d'un conflit d'intérêts susceptible de remettre en cause l'égalité dans le choix des candidatures et des offres. Le juge exige deux conditions pour que le conflit d'intérêts soit constitué. D'une part, « *l'intérêt de la personne intéressée doit être distinct de l'intérêt général* », d'autre part, « *la personne concernée doit avoir exercé une influence effective sur la délibération* »¹⁹⁷⁰. Si le conflit d'intérêts est constitué, la procédure n'est plus impartiale, il en résulte alors une rupture d'égalité de traitement entre les candidats.

Dès lors, est irrégulière la commission dans laquelle siège le fils, également employé, d'un soumissionnaire à un contrat de la commande publique¹⁹⁷¹, ou l'épouse du candidat retenu¹⁹⁷². En revanche, lorsque la personne intéressée n'exerce pas d'influence effective sur le choix des titulaires¹⁹⁷³, car ne siégeant pas directement dans la commission, le conflit d'intérêts n'est pas constitué¹⁹⁷⁴. C'est également le cas lorsqu'un lien professionnel entre un ancien salarié et

¹⁹⁶⁷ Art. 22, 24 et 69 du Code des marchés publics – Art. L1411-5 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁹⁶⁸ CE, 1^{er} octobre 1997, *Commune de Paluel*, n° 170033, *Rec.* p. 325 ; *D.* 1998, somm. p. 361, obs. Ph. Terneyre – CE, 27 novembre 2002, *Dangas et autres*, n° 204619, *Rec. T.* p. 811 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 27, J.-P. Piétri – CE, 25 juin 2004, *Ministre des affaires étrangères, de la coopération et de la francophonie*, n° 263404, *Rec. T.* p. 764 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 195, obs. F. Olivier.

¹⁹⁶⁹ CE, 6 décembre 1911, *Piquart et autres contre Hospices de Grenoble*, n° 39207, *Rec.* p. 1139.

¹⁹⁷⁰ F. DIEU, concl. sur TA Nice, 23 septembre 2005, *SA Signoret c/ CH Grasse*, n° 9904141, *JCP A* 2005, n° 47, 1365.

¹⁹⁷¹ CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne contre Commune de Francheville*, préc.

¹⁹⁷² TA Rennes, 19 janvier 1994, *Établissement Armor B.*

¹⁹⁷³ CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement et Société Autostrade Per l'Italia SPA*, n° 347720, *Rec. T.* p. 1008 ; *AJCT* 2011. 519, obs. C. Lapuelle ; *BJCP* 2011. 365, concl. N. Boulouis et note T. dal Farra ; *RJEP* 2011, comm. 54, note A. Friboulet ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 261, note G. Eckert.

¹⁹⁷⁴ CE, sect., 8 juin 1994, *Mas*, n° 141026 – CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Faussés*, n° 355756, *Rec.* p. 213 ; *BJCP* n° 84, p. 343, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 210, note W. Zimmer ; *RJEP* 2012, comm. 53, A. Friboulet.

une entreprise soumissionnaire est éteint depuis suffisamment longtemps¹⁹⁷⁵. À l'inverse, le conflit d'intérêts est constitué en raison du faible temps écoulé entre l'activité d'un ancien salarié au sein d'une entreprise candidate¹⁹⁷⁶. Plus récemment, le Conseil d'État confirme qu'il y a conflit d'intérêts lorsque la personne intéressée a une capacité d'influence particulière sur le déroulement de la procédure, « *de nature à créer un doute légitime sur son impartialité* »¹⁹⁷⁷.

De manière générale, il convient « *de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation* », et ce « *afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* »¹⁹⁷⁸. Par conséquent, le principe d'égalité de traitement exerce une fonction qui permet d'éviter ou de sanctionner un conflit d'intérêts. Ce principe exerce également une fonction à dimension pénale, lorsque le comportement de l'autorité adjudicatrice s'apparente à un délit d'avantage injustifié.

B : Une fonction de protection de la mise en concurrence par la reconnaissance du délit d'octroi d'avantage injustifié.

Lors de la phase de mise en concurrence, le décideur public doit prononcer l'attribution des contrats de la commande publique en faisant preuve d'impartialité, sans parti pris. Sinon, il en résulte une rupture d'égalité entre les candidats. Malgré les différents textes visant à lutter contre le comportement immoral des acheteurs publics, il arrive que des décideurs publics, intentionnellement, octroient un avantage injustifié à l'un des candidats, dans l'objectif de lui faire remporter le contrat. Ce comportement s'apparente à un délit d'octroi d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme.

¹⁹⁷⁵ CE, 27 juillet 2001, *Société Degrémont*, n° 232820, *Rec.* p. 413 ; *BJCP* 2001, p. 512, concl. D. Piveteau ; *Dr. adm.* 2001, comm. 229, obs. D.P. ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 185, note G. Eckert ; *RDI* 2002. 63, chron. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus – CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, n° 341562, *Rec.* p. 91 ; *BJCP* 2012, p. 193, concl. N. Boulouis et obs. R.S. ; *AJDA* 2012. 573 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 157, obs. G. Eckert ; *JCP A* 2012, 2319, note U. Ngampio-Obélé-Bélé ; *RJEP* 2012, comm. 41, note G. Péliissier

¹⁹⁷⁶ TA Nice, 7 octobre 2005, *SA Signoret c/ Centre hospitalier Grasse* ; *AJDA* 2006. 98, note F. Dieu.

¹⁹⁷⁷ CE, 22 octobre 2014, *Société EBM Thermique*, n° 382495 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 326, note W. Zimmer ; *AJDA* 2015. 139.

¹⁹⁷⁸ Art. 24 de la Directive 2014/24/UE préc.

Le délit d'octroi d'avantage injustifié est constitué lorsque l'autorité adjudicatrice procure ou tente de procurer à autrui « *un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* »¹⁹⁷⁹. Plusieurs conditions sont requises pour que le délit soit constitué¹⁹⁸⁰, notamment une violation des dispositions qui ont pour objet de garantir l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Lorsque le délit intervient lors du premier temps de la commande publique, il concerne l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence et doit donc être analysé au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique¹⁹⁸¹. En revanche, c'est l'égalité de traitement des candidats à laquelle il est porté atteinte lorsque l'autorité adjudicatrice octroie un avantage injustifié à un ou plusieurs candidats pendant la phase de mise en concurrence effective. Dans ce cas, l'avantage injustifié se caractérise par une rupture d'égalité entre les candidats. Ainsi, le juge pénal est en mesure de contrôler « *l'impartialité qui doit présider à la répartition de la commande publique* »¹⁹⁸² en sanctionnant le délit d'octroi d'avantage injustifié.

Le délit est constitué lorsque l'autorité adjudicatrice procure ou tente de procurer un avantage injustifié à l'un des candidats réels, faussant par conséquent l'égalité entre les candidats. C'est le cas lorsque le contrat est attribué, sans raison objective, à une société qui dispose d'un lien particulier avec un membre de la commission d'appel d'offre ou de la commission de service public. Par exemple, lorsqu'un président de conseil général intervient comme président de la commission d'appel d'offre et donne une délégation de signature pour l'attribution de marchés à deux sociétés dont les cogérants sont ses propres enfants, le favoritisme est reconnu¹⁹⁸³. Il est également constitué lorsqu'est déclarée attributaire une entreprise gérée par l'épouse de l'exécutif d'une collectivité territoriale qui a présidé la réunion de la commission d'appel d'offre¹⁹⁸⁴. Ainsi, le choix ne doit pas être fondé sur des liens familiaux, des relations personnelles ou amicales¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁷⁹ Art. 432-14 du Code pénal.

¹⁹⁸⁰ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁸¹ *Idem*.

¹⁹⁸² C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 223, 2002, p. 18.

¹⁹⁸³ Cass. Crim., 9 février 2005, n° 03-85.697, *Bull. civ.* V, n° 48 ; *AJDA* 2005. 854 ; *RSC* 2005, 560, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; *RTD com.* 2005. 616, obs. B. Bouloc.

¹⁹⁸⁴ Cass. Crim., 19 novembre 2003, n° 03-80.660.

¹⁹⁸⁵ Cass. Crim., 20 mai 2009, n° 08-87.354.

Le juge pénal reconnaît également l'octroi d'un avantage injustifié lorsque l'autorité adjudicatrice fournit des informations privilégiées, sur la consistance ou le coût du futur contrat, à un ou plusieurs candidats particuliers, sans en informer l'ensemble des candidats¹⁹⁸⁶. C'est le cas lorsqu'un candidat a connaissance d'un devis estimatif du prix établi par les services de l'autorité adjudicatrice, ce qui lui permet de proposer une offre dont le prix s'en rapproche considérablement¹⁹⁸⁷. Dans ce cas, la rupture d'égalité entre les candidats réels est évidente.

En matière appel d'offre, peut être considéré comme l'octroi d'un avantage injustifié le fait de négocier avec un candidat, après l'ouverture des plis, en méconnaissance du principe de l'intangibilité de l'offre¹⁹⁸⁸. Cette pratique permet au candidat de modifier son offre afin de proposer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans ce cadre, l'égalité de traitement assure une fonction de protection de la mise en concurrence, en prohibant l'octroi d'un avantage injustifié à l'un des candidats. Ainsi, « sanctionner pénalement n'est pas un objectif à atteindre mais un des moyens utilisés pour protéger les marchés et éviter un dysfonctionnement de la structure décisionnelle au sein de la collectivité ou de l'entreprise »¹⁹⁸⁹. Par conséquent, l'égalité garantit l'impartialité de la procédure en sanctionnant toute attribution qui n'est pas fondée sur des raisons objectives.

L'égalité de traitement, principe applicable lors du deuxième temps de la commande publique, dispose donc d'une fonction fondamentale qui s'exerce tout au long de la phase de mise en concurrence. À cet égard, l'égalité garantit le bon fonctionnement de la procédure et la protection d'une mise en concurrence efficace. Dans ce cadre, l'application de l'égalité de traitement varie en fonction de la phase de la procédure et de la nature du contrat envisagé. Dans certains cas, elle est appréciée strictement ; dans d'autres, elle laisse une marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la procédure, tout en imposant une obligation minimale de ne pas traiter de manière différente les candidats. Il existe donc, au travers de l'égalité, une échelle de mise en concurrence qui dépend de la nature du contrat et

¹⁹⁸⁶ Cass. Crim., 28 janvier 2004, 02-86597 ; *Bull. crim.* 2004, n° 23 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 92, note M. Véron ; *JCP G* 2004, II, 10084, note F. Linditch – CA Rennes, 21 novembre 1996, n° 1720/96.

¹⁹⁸⁷ TGI Charleville-Mézières, 14 février 1996, n° 317/96.

¹⁹⁸⁸ CA Orléans, 3 mars 1998, cité *in* Circ., 2 juill. 1998 : *Marchés publ.* 1999, n° 4, p. 12.

¹⁹⁸⁹ C. PREBISSY-SCHNALL, *op. cit.*, p. 25.

de la procédure de passation. Il convient, à présent, de préciser les fonctions du dernier principe de la commande publique, celui de transparence des procédures.

Section 2 : Les fonctions propres du principe de transparence.

Le principe de transparence produit ses effets lors des deuxième et troisième temps de la commande publique¹⁹⁹⁰. À l'instar de l'égalité de traitement, ce principe dispose d'un caractère consécutif, dans la mesure où ses fonctions s'exercent seulement lorsque le principe initial de liberté d'accès s'applique, ce dernier fondant l'existence des procédures de passation et en conditionnant l'accès¹⁹⁹¹. La liberté enclenche ainsi l'application du principe de transparence, qui ne trouve à s'appliquer que dans le cadre des procédures de passation. Dès lors, c'est au moment de la mise en œuvre effective de la procédure « *que s'exerce l'influence du principe de transparence sur les procédures de passation des contrats publics, d'où la consécration du principe de transparence des procédures* »¹⁹⁹². Le principe de transparence exerce deux fonctions. D'une part, une fonction d'intelligibilité de la procédure (**paragraphe 1**), d'autre part, une fonction de vérification de l'impartialité de la procédure (**paragraphe 2**). À ce titre, la transparence des procédures est fondamentale car elle permet un exercice efficace des contrôles administratifs et financiers à tous les stades de la procédure de mise en concurrence. Ces deux fonctions sont liées, car plus la procédure est transparente et intelligible, plus la vérification de l'impartialité est aisée. En droit de la commande publique, la transparence joue ainsi le rôle de « principe preuve ».

Paragraphe 1 : Une fonction d'intelligibilité de la procédure de passation.

L'intelligibilité de la procédure traite de la question des éléments communiqués aux candidats sur le futur contrat et sur les modalités de mise en concurrence. Cette phase de publicité est fondamentale, car elle détermine le droit applicable à la procédure de

¹⁹⁹⁰ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁹⁹¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁹² L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., 2006, p. 429.

passation¹⁹⁹³. Dans ce cadre, la transparence assure l'efficacité de la procédure, en permettant aux candidats d'élaborer des candidatures et des offres conformes aux besoins déterminés par l'autorité adjudicatrice. Elle permet également de lutter contre l'opacité dans la mise en œuvre de la procédure et dans l'octroi du futur contrat. À l'inverse, l'absence de communication sur les éléments du futur contrat et sur le déroulement de la procédure préjudicie à l'efficacité de la mise en concurrence.

Selon Jennifer Marchand, « *la transparence valorise des notions telles que la performance, l'efficacité et l'efficience. (...) Le principe de transparence applicable à la commande publique obéit également à une logique d'efficacité de l'action publique* »¹⁹⁹⁴. À ce titre, la transparence oblige l'autorité adjudicatrice à transmettre certaines informations aux tiers ainsi qu'aux candidats potentiels et réels. Les éléments essentiels du contrat et les modalités de mise en œuvre de la procédure doivent être communiqués avant le choix des candidatures et des offres (A). La question de la publicité des critères de sélection des offres doit faire l'objet d'une analyse particulière, car elle révèle l'extension des fonctions du principe de transparence au gré d'une jurisprudence constructive (B). La transparence de l'ensemble de ces informations permet *a posteriori* de contrôler l'impartialité de la procédure de passation¹⁹⁹⁵.

A : Une fonction encadrant le contenu de l'information préalable.

La transparence contraint l'autorité adjudicatrice à publier deux types d'information dans la publicité préalable. D'une part, les candidats potentiels doivent avoir accès aux éléments essentiels relatifs au futur contrat, afin d'élaborer une offre conforme aux caractéristiques précisées par l'autorité adjudicatrice (I). La publicité de cette information renforce l'efficacité de la procédure, et permet d'éviter dans la mesure du possible l'infructuosité de l'appel à candidature. D'autre part, les modalités de mise en œuvre de la

¹⁹⁹³ L'autorité adjudicatrice doit en effet se conformer aux modalités de passation qu'elle rend transparentes. C'est pourquoi les informations communiquées ne doivent pas faire l'objet de contradictions si elles sont publiées dans plusieurs supports de publicité : CE, 10 mai 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*, n° 286644, *Rec.* p. 242 ; *BJCP* 2006. 427, concl. D. Casas, obs. R. S. ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 226, obs. F. Olivier.

¹⁹⁹⁴ J. MARCHAND, « Réflexions sur le principe de transparence », *RDP* 2014, n° 3, p. 687.

¹⁹⁹⁵ Cf. *Infra*, §2.

procédure doivent être communiquées afin que les candidats soient informés des « règles du jeu » de la compétition (II). Le principe de transparence contraint l'autorité adjudicatrice à respecter ces modalités tout au long de la procédure.

Dès lors, la transparence, combinée au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence, assure la réalisation pleine et entière de la publicité initiale. La liberté permet une diffusion suffisamment large de l'information afin d'appeler le plus grand nombre de candidats potentiels¹⁹⁹⁶ ; la transparence garantit l'intelligibilité de la procédure afin d'assurer une compatibilité des offres et des besoins de l'autorité adjudicatrice. Ces principes concourent ainsi à l'efficacité de la publicité initiale.

I : La publicité des éléments essentiels du contrat.

La publicité préalable des éléments essentiels du contrat ne soulève pas de difficulté particulière lorsque les textes prévoient les mentions obligatoires devant figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le document de consultation remis aux entreprises¹⁹⁹⁷. Les nouvelles directives sur les marchés publics¹⁹⁹⁸ et les concessions¹⁹⁹⁹ prévoient, dans leurs annexes²⁰⁰⁰, les formulaires de publicité dans lesquels apparaissent les mentions obligatoires devant être renseignées par l'autorité adjudicatrice dans la publicité initiale, sous peine d'irrégularité de la procédure²⁰⁰¹. Pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90 000 euros et pour ceux entrant dans le champ d'application des directives, la publicité est faite selon un modèle prévu par arrêté²⁰⁰². Les mentions obligatoires dont il s'agit sont essentiellement la nature du contrat, son objet, sa durée et ses principales caractéristiques. L'objet du contrat doit être décrit de manière suffisamment précise²⁰⁰³, dans tous les supports

¹⁹⁹⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁹⁷ Art. 42 du Code des marchés publics.

¹⁹⁹⁸ Directive 2014/24/UE préc.

¹⁹⁹⁹ Directive 2014/23/UE préc.

²⁰⁰⁰ Annexe V de la directive 2014/24/UE préc. – Annexes 5 à 8 de la directive 2014/23/UE préc.

²⁰⁰¹ CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93, *Rec.* p. I-157 ; *D.* 1996. 21, note Bergerès.

²⁰⁰² Art. 40 du Code des marchés publics.

²⁰⁰³ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693, *Rec.* p. 503 : « eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures, le département de Paris ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité » ; *Mon. TP* 2 mai 1998, TO p. 395, concl. C. Bergeal ; *RDI*. 1998. 242, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 19 septembre 2007, *Service départemental*

de publicité choisis par l'autorité adjudicatrice²⁰⁰⁴. Pour les marchés publics, les modalités de financement et de paiement envisagées²⁰⁰⁵, ainsi que la langue dans laquelle l'offre doit être présentée²⁰⁰⁶, doivent également être renseignées. En revanche, l'information sur le montant prévisionnel n'est pas obligatoire²⁰⁰⁷.

La jurisprudence dégage parfois, en plus des textes, les éléments essentiels devant figurer dans les documents de consultation du fait de leur importance pour l'exécution du futur contrat. Ainsi, la reprise des salariés du titulaire du précédent marché est un élément essentiel du marché devant figurer dans les documents de consultation²⁰⁰⁸. Cette solution dégagée par le Conseil d'État est reprise par la Cour de cassation²⁰⁰⁹. L'ensemble de ces mentions essentielles doit figurer avec précision dans la publicité préalable, sous peine d'irrégularité de la procédure²⁰¹⁰. Des informations contradictoires, dans l'avis d'appel public à la concurrence, sur un des éléments essentiels du futur contrat, peuvent entacher la procédure d'irrégularité²⁰¹¹.

Pour les marchés publics dont le montant est inférieur à 90 000 euros, l'article 40 du Code des marchés publics prévoit seulement que « *le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause* ». Selon le Conseil d'État, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « *appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* ».

d'incendie et de secours du Nord, n° 298294, *Rec. T.* p. 938 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 292, obs. W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 1782, obs. J.-M. Pastor.

²⁰⁰⁴ CE, 29 juin 2005, *CCI de Calais*, n° 266631 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 247, obs. F. Llorens.

²⁰⁰⁵ CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566, *Rec. p.* 406 ; *BJCP* 2002. 21, concl. D. Piveteau, obs. R. S.

²⁰⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁰⁷ CE, 10 février 1997, *Office public d'aménagement et de construction du Puy-de-Dôme et du Massif Central*, n° 167569, *Rec. T.* p. 926 – CE, 1^{er} juin 2005, *Département de la Loire*, n° 274053, *Rec. T.* p. 964 ; *BJCP* 2005. 366, concl. D. Casas, obs. Ch. M. ; *AJDA* 2005. 1629, note Dourlens ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 213, obs. J.-P. Pietri – CE, 6 janvier 2006, *Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois*, n° 281113 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 92, obs. F. Llorens

²⁰⁰⁸ CE, 19 janvier 2011, *Société Technique d'environnement et propreté*, n° 340773 ; *JCP A* 2011, 2080, comm. F. Linditch.

²⁰⁰⁹ Cass. Com., 10 décembre 2013, n° 12-25.8.08.

²⁰¹⁰ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, préc.

²⁰¹¹ CE, 15 avril 2005, *Ville de Paris c/ Société SITA Île-de-France Paris*, n°273178 ; *BJCP* 2005. 289, concl. N. Boulouis, obs. R. S. ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 184, obs. Zimmer.

»²⁰¹². Ces dispositions laissent une marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice pour décider des modalités de la publicité préalable. La régularité de la procédure dépend ainsi de la notion de publicité adéquate. Se pose dès lors la question des mentions devant obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence. À cet égard, Bernard Koebel indique que *« certaines rubriques nous semblent (...) revêtir une importance toute particulière (...) il s'agit notamment des mentions relatives à la procédure utilisée, à l'objet du marché, à ses caractéristiques, à sa nature, à sa durée, ainsi que les critères de sélection et de jugement, la date limite de remise des offres et la date de publication de l'avis »*²⁰¹³. Selon le guide des bonnes pratiques en matière de marché public²⁰¹⁴, doivent toujours être mentionnés *« l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères »*. Afin que l'intelligibilité de la procédure soit assurée, le juge exerce un contrôle sur le contenu de la publicité au regard du principe de transparence.

Pour les délégations de service public, l'article R1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que la publicité *« précise la date limite de présentation des offres de candidature »*, ainsi que *« les modalités de présentation de ces offres »*, et *« les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature »*. De plus, *« la collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager »*²⁰¹⁵. Le cahier des charges peut comporter des informations plus détaillées que celles contenues dans la publicité initiale, sous réserve de ne pas faire apparaître une prestation différente de celle résultant de cette publicité²⁰¹⁶. Pour les concessions soumises à la directive du 26 février 2014, la publicité doit être conforme au formulaire contenu dans l'annexe 4. Les mentions essentielles, notamment

²⁰¹² CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n°278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, comm. 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

²⁰¹³ B. KOEBEL, art. préc.

²⁰¹⁴ Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, p. 47, disponible sur le site internet de la Direction des affaires juridiques.

²⁰¹⁵ Art. 38 de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, préc.

²⁰¹⁶ CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau*, n° 311949, *Rec. T.* p. 828 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 163, note W. Zimmer.

l'objet du contrat, doivent être suffisamment précises, sous peine d'irrégularité²⁰¹⁷, mais le contenu de la publicité reste moins strict que pour les marchés publics. La transparence, au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure, varie donc en fonction du contrat concerné.

Une interrogation sur l'indication d'une durée fixe des délégations de service public dans la publicité initiale a pu être soulevée. Malgré une jurisprudence fournie sur cette question, la solution ne semble pas claire. Le Conseil d'État considère que si la durée figure dans le règlement de consultation, l'absence de sa mention dans la publicité initiale n'entache pas la procédure d'irrégularité²⁰¹⁸. La solution est similaire lorsque l'autorité délégante informe les candidats des conditions d'appréciation des offres au regard de la durée, alors même que cette dernière n'est pas indiquée préalablement²⁰¹⁹. Toutefois, dans une décision *Musée Rodin* du 23 mai 2008²⁰²⁰, la durée est qualifiée de « *caractéristique essentielle de la délégation* », et doit par conséquent être portée à la connaissance des candidats. Le Conseil d'État affine ensuite cette jurisprudence, en indiquant que la durée doit être obligatoirement indiquée lorsqu'elle s'assimile à un critère d'appréciation des offres²⁰²¹. En outre, le Conseil d'État admet la possibilité d'indiquer une durée potentielle, si « *ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leur offre* »²⁰²². Cette jurisprudence ne permet pas de dégager l'existence d'une obligation claire d'informer les candidats de la durée d'une délégation de service public. Pour Jean-Baptiste Vila, la jurisprudence actuelle ne contraint pas l'autorité délégante à fixer une durée contractuelle fixe et invariable dès la procédure de passation²⁰²³.

La directive sur les concessions n'éclaire pas cet état du droit, en disposant que l'avis doit obligatoirement indiquer « *un ordre de grandeur ou la valeur indicative et, si possible, la*

²⁰¹⁷ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des Villes solidaires*, n° 312350, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2421 ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2009, n° 2045, note F. Linditch ; *Contrats marchés publ.* 2009, comm. 58, note G. Eckert.

²⁰¹⁸ CE, 25 juillet 2001, *Syndicat des eaux et de l'Iffrenet*, n° 231319, *Rec. T.* p. 1041 ; *BJCP* 2001. 530, concl. D. Piveteau.

²⁰¹⁹ CE, 28 mai 2003, *APHP*, n° 248429, *Rec. T.* p. 1047 ; *BJCP* 2003, n° 30, p. 385.

²⁰²⁰ CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, préc.

²⁰²¹ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des Villes solidaires*, préc. : « *que l'absence de précision quant à la durée exacte de la délégation ne donnait pas aux entreprises candidates une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres* ».

²⁰²² CE, 4 février 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, n° 312411, *Rec. T.* p. 829 ; *BJCP* 2009. 220, concl. N. Boulouis ; *JCP A* 2009, 2102, comm. F. Dieu ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 142, note G. Eckert.

²⁰²³ J.-B. VILA, comm. sous CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux contre Société Les Nouveaux Golfs de France*, n° 334845, *JCP A* 2010, comm. 2291.

durée du contrat »²⁰²⁴. Il est difficile, actuellement, d'interpréter le terme « si possible ». Cette logique peut être *a priori* critiquée dès lors que la durée est une caractéristique essentielle des délégations de service public, dont la mention permet aux candidats de présenter utilement une offre. Mais la durée dépend « *de la nature et du montant de l'investissement à réaliser* » et ne peut « *dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ». Il est donc possible de considérer que c'est aux entreprises de proposer une durée en fonction de ces paramètres, l'autorité délégante n'ayant à indiquer qu'une durée estimative. Autrement dit, l'indication d'une durée fixe n'est pas nécessaire à l'intelligibilité de la procédure dans la mesure où cet élément varie en fonction du contenu de l'offre de chaque candidat, sauf lorsqu'il constitue un critère d'attribution de l'offre.

La transparence, en obligeant l'autorité adjudicatrice à procéder à une information préalable des éléments essentiels du futur contrat, assure une fonction d'intelligibilité de la procédure, qui permet aux candidats de présenter utilement leur soumission. À cet égard, la transparence contraint également la personne publique à informer les candidats des modalités de la future mise en concurrence.

II : La publicité des modalités de la mise en concurrence.

La transparence contraint l'autorité adjudicatrice à informer préalablement les candidats des modalités de mise en concurrence. Elle leur permet ainsi de connaître « les règles du jeu » aboutissant au choix du futur cocontractant. La procédure utilisée, ses caractéristiques ainsi que divers renseignements liés à l'autorité adjudicatrice²⁰²⁵ sont nécessaires au bon déroulement de la procédure.

L'autorité adjudicatrice a également l'obligation de mentionner, dans la publicité initiale, les critères de sélection des candidatures. Cette obligation est claire s'agissant des marchés publics dont la publicité est réglementée, les critères devant être « *mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation* »²⁰²⁶. Le juge exerce un contrôle strict de cette

²⁰²⁴ Annexe 4 de la directive 2014/23/UE préc.

²⁰²⁵ Comme le service concerné, l'adresse et les coordonnées.

²⁰²⁶ Art. 52 du Code des marchés publics.

disposition²⁰²⁷. Pour les marchés à procédure adaptée, dont les modalités de publicité sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur, l'obligation d'information préalable des critères de sélection des candidatures semble exister. La jurisprudence exigeant l'information préalable des critères de choix des offres²⁰²⁸, elle doit *a fortiori* contraindre l'autorité adjudicatrice à communiquer les critères de sélection des candidatures, dans la mesure où ces dernières sont examinées avant les offres. En d'autres termes, « *ce qui vaut pour les offres vaut a fortiori pour les candidats* »²⁰²⁹. Cette analyse est confirmée par les juridictions du fond²⁰³⁰ et par une réponse ministérielle²⁰³¹.

Concernant les délégations de service public, elles devront faire l'objet de la publicité exigée en annexe 4 de la directive 2014/23 si leur montant dépasse le seuil d'application des directives. Dans le cas inverse, l'article R1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que doivent figurer dans l'avis initial « *les modalités de présentation de ces offres* », ce terme faisant référence aux critères de sélection des candidatures.

De manière générale, si l'autorité adjudicatrice exige, en plus des garanties normalement requises, des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières, elle doit le mentionner dans l'avis d'appel public à la concurrence²⁰³². Si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il doit informer les candidats des critères ainsi que des documents ou renseignements aux vues desquels il entend opérer la sélection des candidatures dès l'engagement de la passation, quelle que soit la procédure de passation adoptée²⁰³³. Cette transparence sur les critères de sélection des

²⁰²⁷ CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 303779, *Rec. T.* p. 808 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 125, obs. J.-P. Pietri.

²⁰²⁸ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec. p.* 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

²⁰²⁹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de Communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *BJCP* n° 70, p. 204 : « *vous avez d'ores et déjà jugé que le respect des principes de commande publique, notamment le principe de transparence, impliquait d'informer les candidats à un marché selon une procédure adaptée des critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges. Ce qui vaut pour les offres vaut a fortiori pour les candidats* ».

²⁰³⁰ CAA Marseille, 15 octobre 2009, *EURL RSD*, n° 07MA03259 ; *Contrats et marchés publ.*, 2009, comm. 392, obs. F. Llorens – CAA Bordeaux, 8 janvier 2013, *Société DTP Terrassement*, n° 11BX03238 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 74, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁰³¹ QE n° 7297 : *JO Sénat* 5 février 2009, *Rép. Min.* : *JO Sénat* 7 mai 2009.

²⁰³² CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143, *Rec. T.* p. 819 et 856 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 226, obs. J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2008, comm. 148, obs. Labayle-Pabet et Garderes ; *JCP Adm.* 2008. 2211, note F. Linditch ; *RDI* 2008. 503, obs. R. Noguellou.

²⁰³³ Pour les marchés à procédure adaptée : CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec. p.* 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP*

candidatures est fondamentale, car ils constituent une condition importante de l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence²⁰³⁴. Nicolas Boulouis²⁰³⁵ émet des doutes quant à la pertinence d'imposer la transparence des critères de sélection des candidatures. En effet, ils sont « *des données sur lesquelles les opérateurs ne peuvent rien sur le court terme* »²⁰³⁶, et n'ont « *pas d'incidence en théorie sur le comportement qu'adoptent les opérateurs pour être retenus* »²⁰³⁷, à l'inverse des critères de sélection des offres. Sans remettre en cause cette analyse, il est possible d'affirmer que les critères de sélection des candidatures étant un moyen pour l'autorité adjudicatrice d'entraver l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence²⁰³⁸, ils doivent faire l'objet d'une publicité afin que les candidats potentiels puissent utilement les contester en cas de recours contentieux.

L'autorité adjudicatrice doit également indiquer, dans la publicité initiale, le délai de dépôt des candidatures. Il s'agit de la durée de la publicité, c'est-à-dire du temps qui s'écoule entre la publication de l'avis et la date de réception des candidatures. La mention de ces dates est fondamentale, la date de réception des candidatures clôturant la possibilité de candidater à la mise en concurrence. Dans la plupart des cas, la durée de la publicité est réglementée²⁰³⁹, dans l'objectif de laisser un délai suffisant aux candidats afin qu'ils aient le temps nécessaire pour préparer et déposer leur candidature. Si les textes ne précisent rien, l'autorité adjudicatrice doit veiller à prévoir un délai suffisant pour permettre aux entreprises de déposer leur candidature, sous peine d'irrégularité du contrat. La durée de la publicité et la date limite de réception des candidatures sont des mentions essentielles qui doivent obligatoirement figurer dans l'avis d'appel à la concurrence²⁰⁴⁰, dans la mesure où elles participent à l'intelligibilité du déroulement de la procédure.

sept. 2010, p. 14 – Pour les marchés à procédure formalisée : CE, 10 avril 2015, *Société Automatismes Corses*, n° 387128 ; *AJDA* 2015. 728, note D. Poupeau ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 140, note G. Eckert.

²⁰³⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

²⁰³⁵ N. BOULOUIS, concl. préc.

²⁰³⁶ *Ibid.*, p. 204.

²⁰³⁷ *Ibid.*, p. 205.

²⁰³⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

²⁰³⁹ Pour les marchés publics : art. 57, 60, 65 et 67 du Code des marchés publics – Pour les délégations de service public : Art. R.1414-1 du Code général des collectivités territoriales – Pour les contrats de partenariat : Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions de travaux : Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions d'aménagement : Art. R.300-5 du Code de l'urbanisme.

²⁰⁴⁰ La majorité des textes relatifs aux contrats de la commande publique prévoient une telle obligation. En l'absence de texte, cette obligation est maintenue : CE, 30 juin 2004, *Société nationale des chemins de fer français*, n° 263402, *Rec. T.* p. 763 : « *il appartient notamment au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de recourir à la procédure de publicité et de mise en concurrence allégée qu'elles organisent, de rendre publique sans équivoque possible la date limite avant laquelle devront lui être adressées les demandes dites d'invitation à*

Pour certaines procédures de passation, l'autorité adjudicatrice dispose de la possibilité de négocier les offres avant de choisir son cocontractant, sans que cette négociation soit obligatoire. Se pose dès lors la question de l'existence d'une obligation, pour l'autorité adjudicatrice, de mentionner dans la publicité son intention de recourir à la négociation. S'agissant des marchés publics à procédure adaptée, le Conseil d'État n'avait pas, jusqu'à présent, tranché la question. Cependant, certaines juridictions de fond reconnaissaient l'existence d'une obligation de mentionner le recours à la négociation dans la publicité préalable²⁰⁴¹. Cette analyse a été corroborée par une réponse ministérielle²⁰⁴² et le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics²⁰⁴³. Le Conseil d'État est récemment venu confirmer l'existence de cette obligation, puisqu'il indique dans un arrêt du 18 septembre 2015 que « *si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure* »²⁰⁴⁴. En outre, l'autorité adjudicatrice peut aussi « *se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats* »²⁰⁴⁵. C'est donc une extension des fonctions de la transparence qu'opèrent les sages du palais royal, dès lors que ce principe contraint désormais l'autorité adjudicatrice à informer les candidats potentiels de son choix, soit de recourir à la négociation, soit de s'en réserver la possibilité. Est également opéré un renforcement de son effectivité, dans la mesure où l'autorité adjudicatrice ne peut revenir sur son choix de procéder à la négociation dès lors qu'elle a rendu cette information transparente auprès des candidats potentiels. En revanche, le Conseil d'État conserve une conception relativement souple de la transparence dans le cadre de la procédure adaptée, l'autorité adjudicatrice n'étant pas contrainte d'informer l'ensemble des candidats de son choix définitif de négocier lorsqu'elle s'est réservé la possibilité de le faire lors du lancement de la procédure et qu'elle en a informé les candidats potentiels.

soumissionner par lesquelles les entrepreneurs ou fournisseurs ayant manifesté leur intérêt pour le ou les marchés mentionnés dans l'avis périodique indicatif confirment, le cas échéant, cet intérêt ».

²⁰⁴¹ TA Toulouse, 23 novembre 2010, *Société FM Projet*, n° 100455 – TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n° 10-03008 ; *Contrats publics*, n° 112, p. 58, note H. Letelier et Ph. Proot ; *Contrats et marchés publ.*, 2011, comm. 225, obs. F. Llorens – CAA Nantes, 7 juin 2013, *Société Phytorem SA*, n° 11NT03240 ; *AJDA* 2013. 2128 – CAA Lyon, 5 mars 2015, *Société SMTPB*, n° 14LY01532.

²⁰⁴² Rép. min. n° 11073 : *JO Sénat* Q 21 août 2014, p. 1961.

²⁰⁴³ Guide des bonnes pratiques en matières de marchés publics, pt. 10.3.2.2, p. 49.

²⁰⁴⁴ CE, 18 septembre 2015, *Société Axxess*, n° 380821 ; sera mentionné dans les tables du recueil Lebon.

²⁰⁴⁵ *Idem*.

S'agissant des délégations de service public, rien n'est précisé dans les textes ou dans la jurisprudence. Le Conseil d'État indique seulement « *qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique* »²⁰⁴⁶, par conséquent l'autorité adjudicatrice « *n'est pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats* »²⁰⁴⁷. L'autorité délégante n'est donc pas dans l'obligation « *de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases* ». Afin de régler la question, il convient de s'interroger sur l'utilité, pour l'efficacité de la procédure, d'indiquer le recours à la négociation dans la publicité préalable. Une lecture stricte de la transparence plaiderait en faveur d'une obligation de mentionner cette information avant la date de réception des candidatures, dans la mesure où cette exigence permet aux candidats sélectionnés de se préparer à cette phase particulière de la procédure. Dans la pratique, il est possible de douter de la pertinence de cette obligation, dès lors que les négociations n'interviennent pas immédiatement après la sélection des candidats admis à négocier. En outre, cela oblige l'autorité adjudicatrice à se conformer tout au long de la procédure à son choix de négocier ou de ne pas négocier, alors qu'elle doit pouvoir garder une marge de manœuvre dans la conduite de la mise en concurrence, sous réserve de ne pas provoquer de rupture d'égalité entre les candidats.

En résumé, la transparence, contraint l'autorité adjudicatrice à procéder à une information préalable et appropriée des éléments essentiels du contrat ainsi que des modalités de la mise en concurrence, afin de garantir l'intelligibilité des procédures. Si, préalablement à la date de dépôt des candidatures, l'autorité adjudicatrice apporte des modifications à l'objet ou aux conditions de la mise en concurrence, elle doit le porter à la connaissance des candidats par un avis d'appel à la concurrence rectificatif²⁰⁴⁸. La transparence contraint également la personne responsable du contrat à informer les candidats des critères d'attribution du contrat, afin que ces derniers puissent utilement présenter une offre.

²⁰⁴⁶ CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *Rec. T.* p. 858 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 259, note G. Eckert.

²⁰⁴⁷ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, Société Sèche Éco industrie*, n°336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010, 354, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *JCP A* 2010. 2272, obs. F. Linditch.

²⁰⁴⁸ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n°278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer.

B : Une fonction encadrant la publicité préalable des critères de sélection des offres et des modalités de leur mise en œuvre.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « *tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur et leur importance relative devraient être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* »²⁰⁴⁹. Est soulevée ici la question de la publicité préalable des critères de sélection des offres et des modalités de leur mise en œuvre. Lorsque les textes prévoient explicitement une telle obligation, aucune difficulté ne se présente. En revanche, la question est plus délicate s'agissant des contrats de la commande publique pour lesquels les textes restent silencieux.

Obliger les autorités adjudicatrices à publier les critères de sélection des offres dans la publicité préalable présente « *plusieurs vertus : l'affichage de la règle du jeu permet aux candidats de construire l'offre la mieux adaptée aux attentes de la collectivité, il leur assure que cette règle sera la même pour tous et, surtout, que son auteur ne sera pas tenté de la modifier en cours de route pour favoriser tel ou tel d'entre eux. L'opacité, à l'inverse, non seulement autorise toutes les manœuvres, mais elle peut même dissuader, en amont, des entreprises potentiellement intéressées de se manifester* »²⁰⁵⁰. Il paraît donc nécessaire de respecter une telle obligation, alors même que les textes ne prévoient rien en ce sens. C'est au moyen de la fonction supplétive du principe de transparence que le juge administratif dévoile l'existence d'une obligation de publier les critères de sélection des offres aussi bien pour la passation des marchés publics (I) que des délégations de service public (II). S'agissant de la publicité des modalités de mise en œuvre des critères, la question est plus nuancée.

I : La publicité préalable des critères d'attribution en droit des marchés publics.

Selon Jennifer Marchand, « *la question des critères de sélection et de l'information des candidats sur leur contenu est centrale dans le droit des marchés publics* »²⁰⁵¹. Les marchés publics sont des contrats fréquemment conclus par les personnes publiques, dont l'impact économique est important. Ils occupent ainsi une place prépondérante dans l'accès

²⁰⁴⁹ CJUE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, aff. C-532/06, *Rec.* p. I-00251 ; *AJDA* 2008. 871, *chron.* E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *Contrats et marchés publ.* 2008, *comm.* 54, W. Zimmer.

²⁰⁵⁰ B. DACOSTA, *concl. sur CE*, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n°337377, *BJCP* n° 72, p. 337.

²⁰⁵¹ J. MARCHAND, *art. préc.*, p. 687.

des entreprises à la commande publique. De plus, pour ce type de contrat, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse²⁰⁵², lui laissant peu de marge de manœuvre dans le choix des critères de sélection des offres²⁰⁵³. Dès lors, la question de l'intelligibilité de la procédure est fondamentale, afin que les candidats potentiels puissent proposer une solution répondant au mieux aux besoins²⁰⁵⁴ et aux critères préalablement déterminés par l'autorité adjudicatrice. C'est pourquoi il existe des contraintes textuelles et jurisprudentielles claires relatives à la publicité des critères de sélection et de leur modalité de mise en œuvre.

S'agissant des marchés publics à procédure formalisée, le Code des marchés publics prévoit les modalités de publicité des critères de sélection des offres. À cet égard, l'article 53 dispose que « *les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ». Il existe ainsi une obligation textuelle non équivoque sur la publicité initiale des critères de sélection des offres ainsi que sur leurs modalités de mise en œuvre. Cette obligation textuelle est également présente dans la jurisprudence de la Cour de justice²⁰⁵⁵ et est reprise par la directive 2014/24²⁰⁵⁶, qui s'applique à certains contrats de droit interne autres que les marchés publics²⁰⁵⁷. Elle s'applique également aux marchés passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005²⁰⁵⁸. S'agissant des accords-cadres, l'autorité adjudicatrice doit faire connaître à

²⁰⁵² Art. 53 du Code des marchés publics – Art. 67-I de la Directive 2014/24/UE préc. : « *sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

²⁰⁵³ Cf. *Supra*, Section 1 – Art. 67-4 de la Directive 2014/24/UE préc. : « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur* ».

²⁰⁵⁴ Art. 5 du Code des marchés publics : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins* ».

²⁰⁵⁵ CJCE 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, aff. C-470/99 : « *afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* ».

²⁰⁵⁶ Art. 67 – Annexe V.

²⁰⁵⁷ Il s'agit des concessions d'aménagements soumises au droit de l'Union européenne des marchés publics, et aux contrats de partenariat dont le montant dépasse le seuil d'application des directives. Pour ce type de contrat, l'exigence de publier préalablement les critères d'attribution doit être respectée.

²⁰⁵⁸ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014.

l'avance, dès l'engagement de la procédure, les critères d'attribution des marchés subséquents²⁰⁵⁹.

La jurisprudence précise la teneur de cette obligation, en indiquant la manière dont doivent être formulés les critères de sélection des offres dans la publicité initiale. À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne indique que « *les critères d'attribution doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires, raisonnablement informés et normalement diligents, de les interpréter de la même manière* »²⁰⁶⁰. Le Conseil d'État précise en outre que les critères doivent être assortis « *de suffisamment d'indication sur les attentes de la personne publique* »²⁰⁶¹ et ne doivent pas « *lui laisser une liberté de choix discrétionnaire* »²⁰⁶². Par conséquent, la transparence contraint l'autorité adjudicatrice à indiquer de manière claire les critères de sélection des offres et leurs modalités de mise en œuvre dès la publicité initiale, ces informations ne pouvant faire l'objet d'une interprétation divergente des candidats potentiels normalement diligents. Les fonctions de la transparence permettent ainsi de garantir l'intelligibilité de la procédure. En revanche, elle ne contraint pas l'autorité adjudicatrice à mentionner la méthode de notation²⁰⁶³ dans l'avis d'appel public à la concurrence²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁹ CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics contre Société SCC*, n° 368448 et 368461 ; *BJCP* 2013. 418, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2013. 1413, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2013, act. 623 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 248, note W. Zimmer ; *JCP A* 2014. 2034, comm. F. Linditch ; *RJEP* 2014, ét. 3, étude J. Sirinelli.

²⁰⁶⁰ CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, *Rec. p. I-07725* – CJUE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, aff. C-532/06, *préc.*

²⁰⁶¹ CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197, *Rec. T. p. 948* ; *BJCP* 2006. 268, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 593, note F. Brenet ; *Dr. adm.* 2006, comm. 149, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, comm. 165, obs. G. Eckert – CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484, *Rec. T. p. 635* ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, comm. 299, obs. W. Zimmer.

²⁰⁶² CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, *Rec. p. I-07725* – CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, *préc.*

²⁰⁶³ Voir, à ce titre : H. HOEPFFNER, « Méthode de notation du critère du prix : la liberté de l'acheteur public à l'épreuve du contrôle du juge », comm. sous CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, *AJDA* 2015, p. 532 : « *la méthode de notation est la formule retenue par le pouvoir adjudicateur pour apprécier les mérites des offres au regard des critères de sélection qui ont été préalablement communiqués aux candidats* ».

²⁰⁶⁴ CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval*, n° 348711, *Rec. T. p. 1006* ; *AJDA* 2011. 2180, note E. Busson ; *BJCP* 2011. 435, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2011. comm. 287, W. Zimmer – CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine et Eure*, n° 359706, *Rec. T. p. 858* ; *BJCP* 2012. 412, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2012. comm. 306, W. Zimmer – CE, 22 octobre 2014, *Société EBM Thermique c/ Commune de Saint-Louis*, n° 382495 ; *AJDA* 2015. 139 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 326, note W. Zimmer – Pour les procédures formalisées : CE, 23 mai 2011, *Commune Ajaccio*, n° 339406, *Rec. T. p. 849* ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 246, note P. Devillers ; *JCP A* 2011, 2331, obs. F. Linditch – Pour les procédures adaptées : CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279 ; *AJDA* 2010. 706 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 165, obs. W. Zimmer.

Plus délicate est la question de la transparence des sous-critères de sélection des offres en procédure formalisée, dont la publicité n'est pas prévue par les textes. Les sous-critères sont les éléments qui précisent les critères généraux. Si l'autorité adjudicatrice ne prévoit pas, dès le départ, l'utilisation de sous-critères, elle ne peut en rajouter avant le dépôt des offres car « *tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative* » doivent être « *connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* »²⁰⁶⁵. Ainsi, « *un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires* »²⁰⁶⁶. Bertrand Dacosta²⁰⁶⁷ déduit de cette jurisprudence de la Cour de justice que si l'autorité adjudicatrice entend définir des sous-critères de sélection des offres, elle doit les rendre publics, ainsi que leur pondération, dès le début de la procédure. Le Conseil d'État, dans une décision du 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*²⁰⁶⁸, tranche la question en obligeant l'autorité adjudicatrice à procéder à une publicité des sous-critères et de leurs modalités de mise en œuvre « *dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* ». Lorsque les sous-critères exercent une influence sur le choix des offres, ils sont assimilés à de véritables critères de sélection. Dans ce cas, l'article 53 du Code des marchés publics – qui rend obligatoire l'information dès l'engagement de la procédure des critères de sélection des offres – s'applique. Cette jurisprudence, confirmée ultérieurement²⁰⁶⁹, renforce les fonctions du principe de transparence.

S'agissant des marchés publics à procédure adaptée, les textes ne prévoient aucune obligation quant à la publicité des critères de sélection. Le Conseil d'État comble le silence des textes

²⁰⁶⁵ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, préc.

²⁰⁶⁶ *Idem*.

²⁰⁶⁷ B. DACOSTA, concl. sur CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, préc., p. 338 : « *la règle est donc claire : si le pouvoir adjudicateur entend définir des sous-critères, il doit les rendre publics dès le début de la procédure. Et, s'il entend les pondérer, il doit le faire ab initio et rendre également publique cette pondération* ».

²⁰⁶⁸ CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, *Rec.* p. 211 ; *BJCP* n° 72, p. 337, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2010. 1234 ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010. comm. 271, obs. Ph. Rees.

²⁰⁶⁹ CE, 23 mai 2011, *Commune Ajaccio*, préc. – CAA Nantes, 30 mars 2012, *CHU Caen*, n° 11NT00112 – CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921 ; *AJDA* 2013. 1083 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 104, P. Devillers.

dans une décision *ANPE* du 30 janvier 2009²⁰⁷⁰, en affirmant que « *l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché (...) que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères* ». Si l'autorité adjudicatrice décide de pondérer ou hiérarchiser les critères, elle est « *tenu d'informer les candidats de son choix de mise en œuvre des critères de sélection* »²⁰⁷¹. Par conséquent, le Conseil d'État découvre une obligation de transparence pour les marchés à procédure adaptée équivalente à celle contenue dans les textes pour les marchés à procédure formalisée. Dans cette décision, le Conseil d'État se fonde sur les principes généraux de la commande publique. Pourtant, c'est bien de la transparence dont il s'agit, ainsi que l'affirme Patrick Bresse²⁰⁷², dans ses conclusions en appel sur la même affaire, Gabriel Eckert²⁰⁷³, ou encore Nicolas Boulouis²⁰⁷⁴. En effet, il ne s'agit pas d'une logique d'accès à la procédure de passation, assurée par le support et non le contenu de la publicité²⁰⁷⁵. De plus, bien que l'information préalable des critères de sélection permette une égalité dans l'accès à l'information, ce n'est pas l'égalité de traitement des candidats qui justifie en soi une telle publicité, mais la nécessité que ces derniers puissent utilement présenter une offre. Par conséquent, c'est bien l'intelligibilité de la procédure et le contrôle de son impartialité, fonctions de la transparence, qui fonde l'information appropriée préalable des critères de sélection des offres. Une jurisprudence similaire se développe en droit des délégations de service public.

²⁰⁷⁰ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

²⁰⁷¹ CE, 26 septembre 2012, *GIE Groupement des poursuites extérieures*, n° 359389, *Rec. T.* p. 829 ; *BJCP* 2012. 418, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 303, note P. Devillers.

²⁰⁷² P. BRESSE, concl. sur CAA Versailles, 6 décembre 2005, *Association Pacte*, n° 03VE04081, *BJCP* n° 45, p. 82 et s. : « *il ne peut y avoir selon nous de véritable transparence si les règles de la compétition, c'est-à-dire si les règles du jeu, sont connues ex ante pour que les candidats puissent utilement définir leur offre et peut être plus encore pour que le pouvoir adjudicateur ne modifie pas ces règles en cours de partie, ce qui est toujours possible en cours de procédure si les règles ne sont pas définies et connues à l'avance, tout au moins dans leurs grandes lignes* ».

²⁰⁷³ G. ECKERT, « Le contenu des avis de publicité en matière de délégation de service public », *Contrats et marchés publ.* 2004, prat. 15 : « *la question la plus délicate est celle de savoir si l'avis doit mentionner les critères d'appréciation des offres présentées par les candidats retenus. Rien, en droit interne, ne fonde une telle exigence. Néanmoins, celle-ci pourrait découler de l'obligation de transparence rappelée par la Cour de justice dans l'arrêt Telaustria précité. Il peut donc paraître préférable de faire figurer ces critères dans l'avis de publicité* ».

²⁰⁷⁴ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279, *BJCP* n° 71, p. 241 : « *on voit ainsi que le principe de transparence peut conduire à exiger plus que la seule mention des critères et des conditions de leur mise en œuvre* ».

²⁰⁷⁵ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

II : La publicité préalable des critères d'attribution en droit des délégations de service public.

Avant la loi *Sapin* du 29 décembre 1993²⁰⁷⁶, la conclusion des délégations de service public n'était soumise à aucune formalité particulière. L'autorité délégante disposait ainsi du libre choix de son futur délégataire. Désormais, la conclusion de ces contrats est soumise à une procédure contraignante, dont les modalités sont prévues par le Code général des collectivités territoriales²⁰⁷⁷. S'agissant de la publicité préalable des critères de sélection des offres, rien n'est indiqué dans la loi *Sapin*. Il n'existe donc *a priori* aucune obligation de donner une information appropriée sur les critères de sélection²⁰⁷⁸. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur les concessions est également silencieuse à ce sujet²⁰⁷⁹. Le Conseil d'État, au départ, exige seulement que « *dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier* »²⁰⁸⁰. L'emploi du terme « choisir » signifie que l'autorité délégante n'est pas contrainte de publier, au préalable, les critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence. Pourtant, « *l'information sur les critères de sélection des offres est bien un élément décisif, puisqu'elle est susceptible d'orienter de façon très différente les stratégies des candidats* »²⁰⁸¹. Ainsi, « *refuser de dévoiler aux candidats les règles du jeu, c'est atténuer la portée d'un dispositif conçu dans l'intérêt tant des opérateurs économiques que des collectivités elles-mêmes.* »²⁰⁸². C'est pour ces raisons que la jurisprudence opère des évolutions conséquentes dans ce domaine.

²⁰⁷⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

²⁰⁷⁷ Art. L1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

²⁰⁷⁸ Cette affirmation ne s'applique pas aux contrats de délégation de service public qui sont, au sens du droit de l'Union européenne, des concessions de travaux, et qui entrent, du fait de leur montant, dans le champ d'application des directives. Dans ce cas, les modalités de publicité sont celles mentionnées dans les directives 2004/18.

²⁰⁷⁹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc. – CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

²⁰⁸⁰ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas.

²⁰⁸¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* 2010, n° 69, p. 107.

²⁰⁸² B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 207.

Le Conseil d'État, dans la décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles* du 23 décembre 2009²⁰⁸³, indique que « *la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres* ». La circonstance que la loi *Sapin* ne contienne aucune exigence en ce sens « *est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres* ». Par conséquent, le Conseil d'État découvre l'existence d'une obligation d'informer les candidats des critères de sélection des offres, alors qu'aucun texte ne le prévoit. En revanche, l'autorité délégante « *n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères* »²⁰⁸⁴, ni sur leur hiérarchisation²⁰⁸⁵.

Afin de justifier sa décision, la Haute juridiction se fonde sur le respect « *des principes généraux du droit de la commande publique* », dont la fonction supplétive est confirmée²⁰⁸⁶. Pourtant, c'est bien de la transparence dont il s'agit. D'une part, la publicité des critères de sélection des offres n'a aucune incidence sur la liberté d'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, ces derniers ayant déjà accédé, à ce stade, à la procédure de passation. D'autre part, il ne résulte aucune rupture d'égalité dans la décision de transmettre ou de ne pas transmettre une information appropriée des critères à l'ensemble des candidats. Par conséquent, la publicité des critères de sélection des offres découle des fonctions du principe de transparence des procédures, dont le champ d'application se trouve étendu par le Conseil d'État. C'est ce qu'affirme Bertrand Dacosta²⁰⁸⁷ dans ses conclusions sur la décision *ANPE* du 30 janvier 2009²⁰⁸⁸. À ce titre, la transparence assure une fonction d'intelligibilité de la procédure, qui permet de garantir son efficacité, en donnant les moyens aux candidats d'élaborer une offre correspondant au mieux aux besoins de l'autorité délégante. Les candidats ne concourent ainsi pas à l'aveugle, et la transmission de ces informations permet à

²⁰⁸³ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁰⁸⁴ *Idem*.

²⁰⁸⁵ CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911, *Rec.* p. 652 ; *AJDA* 2010. 957, concl. N. Boulouis ; *JCP A* 2010, 2203, P. Idoux ; *RJEP* 2010, comm. 44, G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.*, 2010, comm. 146, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2010, n° 98, p. 14, obs. J.-P. Jouguelet.

²⁰⁸⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²⁰⁸⁷ B. DACOSTA, concl. préc., p. 205 : « *la question qui vous est posée, celle de savoir si le principe de transparence doit conduire le pouvoir adjudicateur à afficher ses critères de choix en début de procédure, concerne donc tous les marchés d'un montant compris entre 20.000 et 90.000 euros, ainsi que les marchés de services non prioritaires, quel que soit leur montant* ».

²⁰⁸⁸ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

la compétition d'être la plus efficace possible²⁰⁸⁹. En outre, la transparence, dans ce cadre, permet un contrôle *a posteriori* plus efficace de la procédure, les éléments utilisés dans le choix du délégataire étant connus de tous.

Par la suite, le Conseil d'État confirme l'approfondissement des obligations découlant de la transparence dans le cadre de la passation des délégations de service public, dans une décision du 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux de France*²⁰⁹⁰. La Haute juridiction doit se prononcer sur la légalité d'une modification des modalités de mise en œuvre des critères de sélection en cours de procédure, qui ont fait l'objet d'une information appropriée auprès des candidats, alors même qu'il n'existe aucune obligation en ce sens²⁰⁹¹. Le Conseil d'État indique que si l'autorité délégante « *rend publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres et si elle entend ensuite les modifier, elle ne peut légalement le faire qu'en informant les candidats de cette modification en temps utile avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale sur les modalités de mise en œuvre des critères a elle-même été donnée avant le dépôt des candidatures, ou en temps utile avant le dépôt des offres, pour que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale n'a été donnée qu'après le dépôt des candidatures* ». La transparence oblige donc l'autorité délégante à informer les candidats en temps utile, afin que les offres « *puissent être utilement présentées* ». Récemment, le Conseil d'État²⁰⁹² confirme que lorsque l'autorité délégante choisit de publier les modalités de mise en œuvre des critères, elle est obligée de les respecter tout au long de la procédure.

Dans ces jurisprudences, le Conseil d'État ne découvre pas une nouvelle obligation de publicité préalable à la charge de l'administration. Il indique seulement à l'autorité adjudicatrice les conséquences à tirer lorsqu'est remise en cause l'intelligibilité de la procédure de passation, du fait d'une modification des informations transmises aux candidats. Dans ce cadre, la transparence ne vise qu'à rétablir les fonctions qu'elle a préalablement exécutées, dans la mesure où elle oblige l'autorité adjudicatrice à rétablir l'intelligibilité

²⁰⁸⁹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, concl. préc. p. 204.

²⁰⁹⁰ CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux France*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

²⁰⁹¹ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁰⁹² CE, 6 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 387544 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 191, obs. H. Hoepffner.

initiale de la procédure. En conséquence, la transparence doit être respectée tout au long de la procédure, et cela même lorsque l'autorité adjudicatrice décide de s'y soumettre volontairement. En outre, ces décisions dévoilent qu'il est possible de faire découler des règles très précises du principe de transparence.

Ainsi, bien que dans le cadre des délégations de service public subsiste « *un certain degré de liberté de l'autorité délégante, justifié par le caractère intuitu personae de la convention* »²⁰⁹³, la transparence des procédures élargit et approfondit ses fonctions en contraignant de plus en plus l'autorité adjudicatrice dans la mise en œuvre de la procédure de passation. Dès lors, la jurisprudence récente donne « *une place plus importante et plus autonome au principe de la transparence des procédures de passation des contrats de la commande publique* »²⁰⁹⁴. Dans ce cadre, le droit des marchés publics et des délégations de service public confirme le caractère supplétif du principe de transparence. De ce dernier découlent des obligations non prévues par les textes, qui permettent de garantir l'intelligibilité des procédures de passation.

Cette fonction d'intelligibilité de la procédure est liée à une autre fonction du principe de transparence, celle de vérification de l'impartialité de la procédure. En effet, sans une communication suffisante de l'ensemble de ces informations, « *on voit mal comment l'impartialité de la procédure d'adjudication pourrait être contrôlée, ainsi que l'exige la jurisprudence Telaustria* »²⁰⁹⁵. La transparence assure par conséquent une fonction de preuve en permettant un contrôle efficace de l'impartialité de la procédure.

Paragraphe 2 : Une fonction de preuve d'impartialité de la procédure de passation.

La transparence contraint l'autorité adjudicatrice à publier certaines informations préalablement au choix du cocontractant. Cette traçabilité de la procédure de passation permet de vérifier, *a posteriori*, l'impartialité de la procédure de passation. En effet, la transparence des informations rend plus aisé le contrôle du bon déroulement de la procédure. C'est

²⁰⁹³ L. de FOURNOUX, comm. sous CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, JCP A 2014, n° 46, comm. 2318, p. 16.

²⁰⁹⁴ *Idem.*

²⁰⁹⁵ F. LLORENS, « La transparence des procédures », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 1.

pourquoi « *la transparence des procédures et des choix est primordiale car elle permet un exercice efficace des contrôles tant administratifs et financiers, à tous les stades de la procédure de passation* »²⁰⁹⁶. La transparence contraint également l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations après le choix du cocontractant, lors du troisième temps de la commande publique. À l'instar de la publicité préalable, ces éléments permettent aux acteurs de la commande publique et au juge de vérifier la régularité de la démarche de la personne publique, ainsi que son impartialité²⁰⁹⁷. Laurent Richer affirme à ce titre qu'« *en liaison avec le droit au recours, plusieurs obligations de publicité (...) sont imposées par les textes* »²⁰⁹⁸.

Cette phase de finalisation de la procédure est consacrée aux publicités et informations *ex-post*, qui permettent de vérifier *a posteriori* la légalité de la procédure et d'assurer l'effet utile des recours contentieux²⁰⁹⁹. Outre la notification à l'attributaire du contrat, la personne responsable du contrat doit être transparente à l'égard des tiers (A) comme des candidats évincés (B), en apportant la preuve du bien-fondé de son choix pour se prémunir d'éventuels recours contentieux. La transparence constitue donc, pour l'administration, « *l'explication sur ses choix* »²¹⁰⁰. Florian Linditch considère que la transparence, lors de ce temps, constitue une « *véritable machine de guerre* » car « *une fois le marché attribué, l'administration va devoir fournir tous les éléments documentaires et intellectuels permettant d'apprécier la rationalité de sa démarche* »²¹⁰¹. Ce principe a également « *essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire* »²¹⁰². Dans un souci de lutte contre l'opacité de l'attribution du contrat, la transparence impose ainsi certaines obligations qui garantissent la vérification de l'impartialité de la procédure.

²⁰⁹⁶ C. PREBISSY-SCHNALL, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁹⁷ Voir en ce sens CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, préc., pt 62 : « *cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* (nous soulignons) ».

²⁰⁹⁸ L. RICHER, *op. cit.*, p. 409.

²⁰⁹⁹ À propos du lien entre la communication des motifs de la décision d'attribution et le droit à un recours effectifs, voir notamment D. PIVETEAU, concl. sur CE, 7 janvier 2004, *SAS Aquitaine démolition*, BJCP n° 34, p. 219.

²¹⁰⁰ J.-M. PEYRICAL, « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA* 2004, p. 2141.

²¹⁰¹ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2007, p. 24.

²¹⁰² CJUE, 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda SpA*, aff. C-42/13, pt 44 – CJUE, 12 mars 2015, *Sté eVigilo Ltd c/ Dpt général d'incendie et de secours auprès du ministère de l'Intérieur de Lituanie*, aff. C-538/13, pt 34.

A : L'information des tiers, fonction de la transparence des procédures.

La transparence oblige l'administration à procéder à des modalités de publicité *ex post* (I), et à transmettre certains contrats de la commande publique au représentant de l'État au titre du contrôle des actes des collectivités territoriales (II). Ce principe, empreint d'une logique d'ouverture de l'administration vers l'extérieur²¹⁰³, d'accessibilité des informations, d'absence d'opacité dans la vie administrative²¹⁰⁴, donne ainsi les moyens permettant de vérifier l'impartialité de la procédure de passation. En effet, cette forme de publicité est destinée « à faciliter le contrôle du respect par l'administration des règles de l'adjudication »²¹⁰⁵. La transparence dispose donc d'un rôle fondamental dans la transmission des informations aux tiers au contrat.

I : Les modalités de publicité *ex post* et la production des documents d'attribution.

L'attribution des contrats de la commande publique doit faire l'objet, dans certains cas, d'une publicité *ex post*, une fois la procédure de passation achevée. Cette exigence, qui découle de la transparence des procédures, permet aux tiers intéressés d'avoir accès aux informations concernant la conclusion du contrat. Cette publicité, effectuée dans un certain délai, dispose d'une fonction différente de la publicité initiale. En effet, les formalités *ex post* n'assurent ni l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, ni l'intelligibilité de la procédure de passation. Elles permettent à toute personne ayant un intérêt à la conclusion du contrat d'exercer un recours à son encontre. À ce titre, la transparence dispose d'une fonction d'ouverture utile des recours contentieux, et garantit le contrôle de l'impartialité des procédures de passation.

²¹⁰³ C. DEBBASCH, « Introduction », in *La transparence administrative en Europe*, dir. C. DEBBASCH, éd. Du CNRS, 1990, p. 11.

²¹⁰⁴ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.

²¹⁰⁵ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 594.

Pour certains contrats, cette publicité est obligatoire et prévue par les textes. Sont concernés les marchés publics et accords-cadres à procédure formalisée²¹⁰⁶ et les contrats de partenariat²¹⁰⁷. Les nouvelles directives sur les marchés publics²¹⁰⁸ et les concessions²¹⁰⁹ prévoient la même obligation, ce qui révèle l'importance du principe de transparence en fin de procédure.

Pour les autres types de contrats, ces modalités de publicité *a posteriori* ne sont pas obligatoires. Toutefois, l'autorité adjudicatrice a tout intérêt à y procéder en envoyant un avis d'intention de conclure le contrat au Journal officiel de l'Union européenne et en respectant un délai de onze jours entre cette publication et la signature du contrat²¹¹⁰. Dans ce cas, le contrat ne peut plus faire l'objet d'un référé contractuel, ces formalités permettant aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel. En outre, la publication d'un avis d'attribution permet de réduire les délais de recours du référé contractuel²¹¹¹. Pour les délégations de service public, l'autorité délégante doit veiller à être transparente à l'égard du personnel des services administratifs²¹¹². Les acheteurs publics doivent également, dans certains cas, transmettre le contrat ainsi que certaines pièces au représentant de l'État dans le département, au titre du contrôle des actes des collectivités territoriales.

II : La transmission de certains contrats de la commande publique au représentant de l'État.

Il existe, en droit interne, une obligation de transmission de certains actes des collectivités locales au représentant de l'État²¹¹³. Cette obligation trouve sa source dans la loi du 2 mars 1982²¹¹⁴, codifiée aux articles L2131-1 du Code général des collectivités

²¹⁰⁶ Art. 85 du Code des marchés publics.

²¹⁰⁷ Art. L1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

²¹⁰⁸ Art. 50 de la directive 2014/24/UE préc.

²¹⁰⁹ Art. 32 de la directive 2014/23/UE préc.

²¹¹⁰ Art. L551-15 du Code de justice administrative.

²¹¹¹ Art. R551-7 du Code de justice administrative.

²¹¹² C. de ARANJO, « Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la procédure de délégation d'un service public local », *AJDA* 2009, p. 694.

²¹¹³ DIRECTION GÉNÉRALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'État sur les actes des collectivités territoriales*, site internet des collectivités locales, rubrique rapports et études.

²¹¹⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982 p. 730.

territoriales et suivants pour les communes, L3132-1 et suivants pour les départements et L4142-1 pour les régions. En l'absence d'une telle transmission, l'acte ne peut-être exécutoire²¹¹⁵. Sont soumises à cette obligation de transmission « *les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat* »²¹¹⁶. La plupart des contrats de la commande publique doivent donc être transmis au représentant de l'État au titre du contrôle des actes des collectivités territoriales.

En outre, une fois signé, tout marché public doit être notifié au titulaire. Pour les collectivités locales, cette notification ne peut intervenir qu'« *après transmission, lorsqu'elle est prévue, au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle* »²¹¹⁷. Ainsi, dans un délai de 15 jours suivant la signature du marché, les collectivités territoriales ont l'obligation de transmettre le marché et les pièces annexes, dont la liste figure à l'article R2131-5 du Code général des collectivités territoriales²¹¹⁸, au représentant de l'État. Pour les marchés à procédure formalisée, doit également être transmis le rapport de présentation prévu par l'article 79 du Code des marchés publics²¹¹⁹. Il peut être transmis à la Commission européenne à sa demande, ainsi qu'aux instances chargées du contrôle des marchés²¹²⁰. Il permet de garantir la traçabilité de la procédure²¹²¹. Cette obligation de transmission ne s'applique pas aux marchés et accords-cadres dont le montant est inférieur à 207 000

²¹¹⁵ Art. L2131-1 du Code général des collectivités territoriales : « *les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement* » – Toutefois, le défaut de transmission n'affecte pas la légalité du contrat : CE, 27 avril 1987, *Préfet commissaire de la République Côtes-du-Nord*, Rec. T. p. 721 ; AJDA 1987. 680, note J.-B. Auby ; D. 1987, somm. p. 429, obs. Ph. Terneyre ; RDP 1988, p. 1419, obs. F. Llorens.

²¹¹⁶ Art. L2131-2, 4° du Code général des collectivités territoriales pour les communes, art. L3131-2, 4°, pour les départements et art. L4141-2, 3°, pour les régions.

²¹¹⁷ Art. 82 du Code des marchés publics.

²¹¹⁸ « *la transmission au préfet ou au sous-préfet des marchés des communes et de leurs établissements publics autres que les établissements publics de santé comporte, les pièces suivantes : 1° La copie des pièces constitutives du marché, à l'exception des plans ; 2° La délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché ; 3° La copie de l'avis d'appel public à la concurrence ainsi que, s'il y a lieu, de la lettre de consultation ; 4° Le règlement de la consultation, lorsque l'établissement d'un tel document est obligatoire ; 5° Les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres, de la commission de la procédure de dialogue compétitif et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation de la personne responsable du marché prévu par l'article 79 du code des marchés publics ; 6° Les renseignements, attestations et déclarations fournis en vertu des articles 45 et 46 du code des marchés publics* ».

²¹¹⁹ *Idem*.

²¹²⁰ Art. 79 du Code des marchés publics.

²¹²¹ Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, préc., pt. 19.

euros²¹²². La transmission du contrat au représentant de l'État est également prévue pour les délégations de service public²¹²³ et les contrats de partenariat²¹²⁴.

Cette obligation de transmission découle du principe de transparence des procédures. L'autorité adjudicatrice est dans l'obligation d'être transparente sur l'attribution du contrat. Cette transmission est prévue au titre du contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales, et renforce donc, à travers la transparence, le contrôle de l'impartialité de la procédure. À ce titre, il est à noter que les actes de la commande publique font partis des « *actes les plus prioritaires* », dont « *le contrôle présente des enjeux particuliers* » selon une circulaire du 24 février 2010²¹²⁵. Cette circulaire dévoile l'importance d'un contrôle *a posteriori* des actes de la commande publique par le représentant de l'État. Ce dernier, en cas de doute sur la légalité du contrat, peut introduire un déféré préfectoral, recours de pleine juridiction²¹²⁶, afin de contester la régularité de la procédure. Au moyen du principe de transparence, est assuré le contrôle de l'impartialité de la procédure par le préfet, qui dispose de la possibilité de déférer le contrat litigieux au juge de plein contentieux. L'autorité adjudicatrice est également contrainte, sur le fondement de la transparence, de transmettre certaines informations aux candidats évincés.

B : L'obligation d'information des candidats évincés, fonction du principe de transparence.

Au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure, le principe de transparence oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer aux candidats évincés les motifs de rejet de leur candidature et de leur offre, ainsi que les caractéristiques de l'offre retenue. Ces derniers ont donc accès aux informations concernant le rejet de leur soumission, ce qui

²¹²² Art. D2131-5-1 du Code général des collectivités territoriales.

²¹²³ Art. L1411-9 du Code général des collectivités territoriales.

²¹²⁴ Art. L1414-15 du Code général des collectivités territoriales.

²¹²⁵ Circ. NOR : IOC/B/100/1440/C, 24 févr. 2010 ; *Contrats et marchés publics*, 2010, comm. 159, note G. Clamour.

²¹²⁶ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration contre SIDEN et contre SIAN*, n° 348647, *Rec.* p. 662 ; *AJDA* 2012, p. 1064, note M. Quyyollet ; *RFDA* 2012, p. 683, note P. Delvolvé ; *Dr. Adm.*, 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *BJCP* 2012, n° 81, p. 125, concl. B. Dacosta ; *RJEP* 2012, comm. 25, note F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri.

leur permet de contester plus efficacement les modalités de la procédure de passation. Dans ce cadre, la transparence est érigée en principe fondateur d'une protection juridique effective²¹²⁷. Elle assure ainsi l'efficacité des recours contentieux, en permettant aux candidats de contester utilement le rejet de leur candidature ou de leur offre. Cette communication facilite également le contrôle de l'impartialité des procédures, l'autorité adjudicatrice devant justifier, dans les motifs de rejet, l'éviction du candidat et le choix de l'attributaire du contrat. Il convient de détailler le contenu d'une telle obligation (I), avant d'analyser son traitement contentieux (II). Cette étude révèle que le principe de transparence dispose d'une fonction pragmatique, par la recherche d'un juste équilibre entre une communication utile des informations et la lutte contre un formalisme excessif.

I : Le contenu de l'obligation d'information des candidats évincés.

L'obligation de communiquer les motifs de rejet des candidatures et des offres est prégnante s'agissant des marchés publics, bien qu'elle soit également existante pour les autres contrats de la commande publique²¹²⁸. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'autorité adjudicatrice est contrainte de communiquer immédiatement ces informations aux candidats dont la soumission fait l'objet d'un rejet. À ce titre, l'article 80 du Code des marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, « *notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature* ». Cette obligation d'informer les candidats évincés est également prévue par la nouvelle directive de 2014 sur les marchés publics²¹²⁹.

²¹²⁷ CJCE, 24 juin 2004, *Commission c/ Autriche*, aff. C-212/02 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 176, obs. W. Zimmer – CJCE, 3 avril 2008, *Commission c/ Espagne*, C-444/06, *Rec. p.* I-2045 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 110, obs. W. Zimmer.

²¹²⁸ Pour les contrats de partenariat : Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions de travaux : Art. R.1415-9 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions d'aménagement : Art. R.300-9-1 du Code de l'urbanisme. Pour les délégations de service public, l'information des candidats évincés n'est prévue par aucun texte, et n'est donc pas obligatoire : CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, Société Sèche Éco industrie*, préc.

²¹²⁹ Art. 55 de la Directive 2014/24/UE, préc.

S'agissant des autres marchés publics, l'article 83 du Code prévoit une obligation de communication lorsque le candidat évincé en fait expressément la demande²¹³⁰. Dans ce cas, les motifs communiqués au candidat doivent être suffisamment détaillés pour que celui-ci puisse utilement contester son rejet²¹³¹. Pour les marchés à procédure adaptée, l'article 80 du Code des marchés publics n'est pas applicable²¹³². Par conséquent, l'autorité adjudicatrice n'est pas contrainte de communiquer les motifs du rejet de l'offre. S'est posée la question de l'application de l'article 83 du Code des marchés publics à la passation de ce type de marchés. Selon le Conseil d'État, l'autorité adjudicatrice doit communiquer les motifs du rejet des offres dans le cadre des marchés à procédure adaptée lorsque le candidat en fait expressément la demande sur le fondement de l'article 83 du Code²¹³³. La question ne semble pas totalement tranchée, certains juges du fond revenant sur cette jurisprudence des juges du palais royal. Certaines Cours administratives d'appel considèrent en effet que les dispositions de l'article 83 du Code « *ne sont pas applicables, de même que celles de l'article 80 précité, aux marchés passés selon une procédure adaptée* »²¹³⁴. Les juges en déduisent qu'il n'existe aucune obligation de communiquer les motifs de rejet à la demande du candidat évincé d'une procédure adaptée. D'autres juges du fond adoptent une solution similaire, mais déduisent des principes de la commande publique une obligation « *d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre et de respecter un délai raisonnable avant de signer le marché afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé* »²¹³⁵. Cette jurisprudence semble créer une obligation d'informer les candidats du rejet des offres avant la signature du marché, même lorsqu'un texte ne le prévoit pas

²¹³⁰ Art. 83 du Code des marchés publics : « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre* ».

²¹³¹ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156 ; *Rec. T.* p. 829 ; *AJDA* 2009. 1402 ; *ibid.* 2006, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010. 146, note G. Clamour ; *BJCP* 2009. 444, concl. F. Lenica ; *Dr. adm.* 2009. 127, note Marson ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. Eckert.

²¹³² CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435, *Rec.* p. 11 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 41, C. Bardon et Y. Simonnet ; *AJDA* 2011, p. 800, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 92, note G. Eckert ; *RJEP* 2011, comm. 22, note D. Moreau ; *JCP A* 2011, 2095, comm. F. Linditch ; *RDI.* 2011, p. 275, note R. Noguellou ; *CP-ACCP* 2011, n° 108, p. 176, note Renouart ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 141, p. 33, note C. Gisbrant-Boinon.

²¹³³ CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, n° 363656 ; *BJCP* 2013, n° 89, p. 257, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2013. 439 ; *AJCT* 2013. 298, obs. S. Agresta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102, note P. Devillers ; *JCP Adm.* 2013, n° 2261, note F. Linditch.

²¹³⁴ CAA Marseille, 3 février 2014, *Société La Nouvelle charpente*, n° 11MA04603 – CAA Versailles, 11 septembre 2014, *SAS ARCADEM*, n° 12VE03806 ; *JCP A* 2015. 2024, comm. A.-M. Halpern.

²¹³⁵ TA Cergy-Pontoise, 27 avril 2012, *M. Gachi contre Commune de Villeneuve-La-Garenne*, n° 1104926 – CAA Nancy, 18 novembre 2013, *Communauté de communes de Vesle Montagne des Reims*, n° 12NC01181.

explicitement. Toutefois, une incertitude subsiste sur l'obligation d'informer des motifs du rejet des offres. À cet égard, « *seul un arrêt du Conseil d'État permettra de déterminer si le divorce entre l'article 83 du Code des marchés publics et les marchés passés selon une procédure adaptée est consommé* »²¹³⁶. L'article 83 du Code des marchés publics disposant que « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre* », il serait opportun que les juges du palais royal reconnaisse l'applicabilité de cet article aux marchés passés selon une procédure adaptée.

Cette obligation d'information découle du principe de transparence des procédures²¹³⁷, et permet aux candidats évincés d'introduire utilement un recours contre la décision de rejet. En effet, « *l'obligation qui pèse sur le pouvoir adjudicateur repose donc sur le droit au recours détenu par les candidats évincés et sur la nécessité de garantir à ceux-ci une possibilité de contestation utile de la décision de rejet* »²¹³⁸. À ce titre, la transparence assure l'efficacité des recours contentieux contre la procédure ou contre le contrat lui-même. C'est pourquoi les motifs de rejet des candidatures ou des offres doivent être suffisamment détaillés²¹³⁹, et communiqués dans un délai suffisant²¹⁴⁰, afin que le candidat puisse utilement contester son rejet. Ainsi, l'autorité adjudicatrice ne peut refuser de communiquer certains éléments essentiels, relatifs à l'offre retenue, tels que le prix et les notes obtenues²¹⁴¹. Elle ne peut fournir d'éléments contradictoires²¹⁴². Par conséquent, « *lorsqu'il y a rejet d'une candidature, la personne publique doit donc communiquer les motifs détaillés de l'éviction ; en cas de rejet*

²¹³⁶ A.-M. HALPERN, comm. sous CAA Versailles, 11 septembre 2014, *SAS ARCADEM*, JCPA 2015. 2024.

²¹³⁷ DAJ, fiche « L'information des candidats évincés », disponible sur le site internet de la DAJ.

²¹³⁸ M.-C. VINCENT-LEGOUX, comm. sous CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région Auray-Belz-Quiberon*, AJDA 2009, p. 1554.

²¹³⁹ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, préc. – CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 363342 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm.48, note J.-P. Pietri ; JCP A 2013, 2151, note F. Linditch – CE, 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617, *Rec.* p. 107 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 175, note G. Eckert ; BJCP 2013, p. 307, concl. G. Pellissier – CAA Bordeaux, 30 octobre 2014, *Collectivité d'outre-mer de Saint-Martin*, n° 14BX00572.

²¹⁴⁰ CJUE, 17 février 2011, *Commission c/ Chypre*, aff. C-251/09, *Rec.* p. I-00013 – CE, 19 décembre 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) du Confolentais*, n° 291487, *Rec.* T. p. 943 ; BJCP 2008, p. 123, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 45, note J.-P. Piétri ; JCP A 2008, 2027, note F. Linditch. L'art. 83 dispose à ce titre que « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin* (nous soulignons) ».

²¹⁴¹ CE, 11 mars 2013, *Ministre de la Défense contre Société Aéromécanic*, n° 364827 ; AJDA 2013. 1134, obs. D. Poupeau ; BJCP 2013. 342, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 132, note G. Eckert – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014 ; JCP A 2015, 2025, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 6, note G. Eckert ; *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2015, comm. 33, note A. Fourmon.

²¹⁴² TGI Paris, 13 mars 2014, *SAS Triadis Services c/ SNCF*, n° 14/51943.

des offres, elle doit en plus fournir des éléments caractérisant l'offre retenue montrant au candidat malheureux que son offre était économiquement moins avantageuse que celle retenue »²¹⁴³. Malgré les précisions contenues dans l'article 80 du Code des marchés publics, il est possible de s'interroger sur le contenu précis de la motivation relative au rejet de l'offre. Le Conseil d'État²¹⁴⁴ oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer d'une part, le rang et le classement de l'offre du candidat évincé, d'autre part, les notes allouées, sous chacun des critères d'attribution du marché, à l'offre du candidat évincé ainsi qu'à l'offre de l'attributaire. Comme l'affirme la Cour de justice, « *une législation relative à l'accès aux documents administratifs qui se contenterait de prévoir l'information des soumissionnaires sur les seules décisions qui les concernent directement, ne peut compenser l'absence d'une obligation d'informer l'ensemble des soumissionnaires de la décision d'attribution du marché avant la conclusion du contrat, afin que ceux-ci disposent d'une réelle possibilité d'intenter un recours* »²¹⁴⁵. La transparence permet dès lors la communication des éléments essentiels pour contester le rejet d'une offre. Ces informations transmises aux candidats évincés permettent également la vérification, en cas de contentieux, de l'impartialité de la procédure.

Pour assurer l'efficacité des recours contentieux, les textes imposent le respect d'un délai de *standstill*²¹⁴⁶ pour les marchés à procédure formalisée²¹⁴⁷, qui oblige l'autorité adjudicatrice à ne pas signer le contrat immédiatement, pour ne pas fermer la voie du référé précontractuel aux candidats évincés²¹⁴⁸. Comme le confirme la Cour de justice de l'Union européenne, un délai raisonnable doit s'écouler entre la date à laquelle le candidat a connaissance de son éviction et la signature du marché²¹⁴⁹. Ce délai est de 16 jours entre l'accomplissement de la publicité appropriée et peut être réduit à 11 jours en cas de communication par voie

²¹⁴³ J.-D. DREYFUS, note sous CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, n° 278601, *AJDA* 2006 p. 2283.

²¹⁴⁴ CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, préc. – CE, 18 décembre 2012, *Département Guadeloupe*, n° 362532, *Rec. T.* p. 844 ; *JCP A* 2013, 21, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 28, note W. Zimmer ; *AJCT* 2013, p. 247, note S. Hul.

²¹⁴⁵ CJCE, 24 juin 2004, *Commission c/ Autriche*, préc., pt. 21.

²¹⁴⁶ Art. 80 du Code des marchés publics.

²¹⁴⁷ Le délai de *standstill* ne s'applique pas pour les marchés à procédure adaptée : CE, 11 décembre 2013, *Société Antillaise de sécurité*, n° 372214 ; *BJCP* 2014. 136, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, 2144, note F. Linditch.

²¹⁴⁸ CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304, *Rec.* p. 394.

²¹⁴⁹ CJCE, 28 octobre 1999, *Alcatel Austria*, aff. C-81/98, *Rec.* p. 7671 – CJCE, 24 juin 2004, *Commission contre Autriche*, préc. – CJCE 3 avril 2008, *Commission c/ Espagne*, préc.

électronique. Lorsque le pouvoir adjudicateur s'impose un délai, il doit le communiquer dans la notification du rejet de l'offre²¹⁵⁰.

Cette obligation de communication intervient généralement lors du 3^{ème} temps de la commande publique, après le choix du cocontractant. C'est pour cette raison qu'elle découle de la transparence, seul principe de la commande publique rattachée à cette phase de la procédure. Cette affirmation peut être remise en question lorsque pendant la procédure, le choix des candidatures et des offres n'intervient pas au même moment. Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice peut être contrainte de communiquer ces informations, alors que la procédure n'est pas achevée. Toutefois, le rejet des candidatures reste dans une logique de fin de procédure, donc dans une logique rattachée au troisième temps de la commande publique²¹⁵¹. Ainsi, ce temps peut intervenir de manière épisodique alors même que la mise en concurrence n'est pas close.

La transparence dispose donc d'une fonction permettant d'assurer l'efficacité des recours contentieux, et contribue ainsi à renforcer le contrôle de l'impartialité de la procédure de passation. Depuis l'adoption de la nouvelle directive sur les concessions²¹⁵², la fonction de la transparence semble élargie. En principe, il n'existe pas d'obligation d'informer les candidats évincés dans le cadre des délégations de service public²¹⁵³. Désormais, l'article 40 de la directive sur les concessions²¹⁵⁴ prévoit une telle obligation, dont les dispositions reprennent celles relatives aux marchés publics.

²¹⁵⁰ CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essone, du Val-d'Oise et des Yvelines et Sté Seni*, n° 346665, *Rec. T.* p. 1023 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 86, note F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *AJDA* 2011, p. 1296, note R. Grand – CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854 ; *BJCP* 2013. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 105, note J.-P. Pietri ; *AJCT* 2013, p. 360, note S. Hul.

²¹⁵¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²¹⁵² Directive 2014/23/UE préc.

²¹⁵³ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, préc. : « aucun principe ni aucun texte n'imposait à l'autorité déléguée d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet ».

²¹⁵⁴ Art. 40 de la directive 2014/23/UE préc. : « le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'attribution d'une concession, y compris le nom du soumissionnaire retenu, des motifs des décisions de rejet de leur candidature ou de leur offre ainsi que les motifs de toute décision de renoncer à attribuer un contrat pour lequel un avis de concession a été publié ou de recommencer la procédure. Par ailleurs, à la demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe dans les meilleurs délais, et, dans tous les cas, dans les quinze jours suivant la réception d'une demande écrite, tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue ».

La transparence peut toutefois être limitée dans certains cas, notamment lorsque la communication des informations de rejet porte atteinte au secret des affaires. Le Conseil d'État indique à cet égard que « *l'acheteur public ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles* »²¹⁵⁵, notamment lorsque la procédure de passation n'est pas achevée. Ne peut y faire obstacle « *la circonstance que la communication de cette information risquerait de donner à la société un avantage compétitif de nature à nuire à la loyauté de la concurrence, dans l'hypothèse où la procédure litigieuse serait annulée ou serait déclarée sans suite pour motif d'intérêt général et où une nouvelle procédure de passation du marché serait engagée* »²¹⁵⁶. Confirmée par les textes²¹⁵⁷, cette règle interdit au pouvoir adjudicateur de porter atteinte au secret des affaires lorsqu'il communique les motifs de rejet d'une candidature ou d'une offre. Par conséquent, le principe de transparence est limité par la protection du secret des affaires, et ne dispose donc pas d'un caractère absolu.

Le secret des affaires « *concerne tout renseignement commercial susceptible de donner à un rival un avantage concurrentiel* »²¹⁵⁸. L'autorité adjudicatrice ne doit donc pas communiquer une information qui a pour effet d'engendrer une distorsion de concurrence. En revanche, la personne publique ne peut pas « *s'abriter derrière un tel risque pour refuser de communiquer aux candidats non retenus les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre qu'elle a choisie, alors qu'une telle obligation est imposée par le code et que son respect concourt à l'efficacité du référé précontractuel* »²¹⁵⁹. C'est pourquoi le pouvoir adjudicateur doit justifier que la divulgation de ces informations porte atteinte au secret des affaires²¹⁶⁰.

Il est ainsi acquis que la transparence contraint l'autorité adjudicatrice à communiquer aux candidats évincés les circonstances du rejet de leurs candidatures et de leurs offres. Il convient

²¹⁵⁵ CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, n° 278601, *Rec. T.* p. 946 ; *AJDA* 2006. 1981 ; *ibid.* 2283, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2006. 489, obs. J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2007. 28, concl. D. Casas ; *Contrats marchés publ.* 2007, n°5, comm. F. Olivier.

²¹⁵⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, *JCP A* 2015. 2025.

²¹⁵⁷ Art. 80 – III du Code des marchés publics ; Art. 55 de la directive 2014/24/UE préc. ; Art. 40 de la directive 2014/23/UE préc.

²¹⁵⁸ J.-D. DREYFUS, art. préc.

²¹⁵⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 29 mai 2013, *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827, *BJCP* n° 90, p. 343.

²¹⁶⁰ CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, préc.

à présent d'analyser le traitement contentieux de cette obligation d'informer les candidats évincés.

II : Le traitement contentieux de l'obligation d'informer les candidats évincés.

La présence de telles obligations amène à s'interroger sur l'existence d'une sanction en cas de non-respect. Un juste équilibre doit être recherché, une réponse négative privant d'effet utile le principe de transparence, et une sanction systématique pouvant devenir handicapante pour le pouvoir adjudicateur et le bon déroulement des procédures de passation. Les mesures prescrites par le Conseil d'État sont un compromis entre ces deux solutions.

Il est admis que la violation de l'obligation d'information des candidats évincés peut être contestée devant le juge du référé précontractuel. Ce dernier ne peut être saisi qu'en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence²¹⁶¹, or la méconnaissance de la communication des motifs de rejet « *constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences* »²¹⁶². En outre, la décision du Conseil d'État du 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*²¹⁶³, restreint les moyens invocables devant le juge du référé précontractuel en précisant que « *les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements* ». Or, selon les juges du palais royal, une méconnaissance de l'obligation de communication « *constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser cette société en l'empêchant de contester utilement le rejet*

²¹⁶¹ Art. L551-1 du Code de justice administrative : « *le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* ».

²¹⁶² CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n° 253509, *Rec. T.* p. 771 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 50, note J.-P. Pietri ; *BJCP* 2004, p. 219 ; *AJDA* 2004. 710, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP*, avr. 2004, p. 77, note M. Heintz ; *JCP A* 2004, p. 364, note F. Linditch – CE, 9 août 2006, *Hairis SAS*, n° 284577 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 258 et comm. 269, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

²¹⁶³ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Rec.* p. 324, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A* 2008, comm. 2262, note F. Linditch ; *RJEP* 2009, comm. 8, note F. Brenet ; *RFDA* 2008. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP* 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA* 2008. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *ibid.* 2008. 2374, note P. Cassia ; *LPA* 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul ; *BJCP* 2008, p. 394, chron. Th. Dal Farra ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 264, note. J.-P. Piétri.

de son offre »²¹⁶⁴. Par conséquent, le moyen tiré de la violation de l'obligation de communication est recevable devant le juge du référé précontractuel.

Toutefois, l'absence de communication des motifs de rejet n'est sanctionnée que lorsqu'elle est susceptible de léser effectivement le candidat, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour effet de le priver de l'exercice utile d'un recours contentieux. Dans le cas contraire, le juge n'inflige aucune sanction à l'administration car « *un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction* »²¹⁶⁵. Cette jurisprudence pragmatique, axée sur l'efficacité des recours contentieux, permet de ne pas entrer dans un formalisme excessif s'agissant de l'obligation de communication. Toutefois, elle amène à penser que l'obligation d'information des candidats évincés « *se transforme progressivement en une obligation chimérique dont la méconnaissance ne sera plus avérée – ni donc sanctionnée – dès lors qu'il aura été satisfait à l'information sur demande au titre de l'article 83 du Code des marchés publics* »²¹⁶⁶. Néanmoins, cette solution jurisprudentielle reste dans une logique de subjectivisation introduite par la décision *SMIRGEOMES*²¹⁶⁷, qui axe l'examen de l'opérance des moyens sur le caractère utile du recours²¹⁶⁸. Par conséquent, « *dès lors que les articles 80 et 83 sont fondés sur « le droit à un recours utile », leur méconnaissance ne sera reconnu et sanctionnée que si elle prive de ce droit le candidat évincé (...) c'est la possibilité pour le candidat écarté de contester utilement le rejet de son offre qui conditionne la validité de la procédure de passation dans les cas où les articles 80 et 83 du Code n'ont pas été rigoureusement respectés* »²¹⁶⁹. Lorsque le manquement lèse effectivement le candidat, le juge enjoint à l'administration de communiquer les informations et suspend la signature du contrat²¹⁷⁰.

²¹⁶⁴ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 314610, *Rec. T.* p. 821 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 69 ; *JCP A* 2009, 343 ; *BJCP* 2009, 213, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 122, note F. Olivier ; *JCP A* 2009, n° 2122, note F. Linditch.

²¹⁶⁵ CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, n° 321217, *Rec. T.* 840 ; *AJDA* 2009. 1554, note M.-C. Vincent-Legoux ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 126, note G. Eckert.

²¹⁶⁶ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 73.

²¹⁶⁷ CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²¹⁶⁸ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²¹⁶⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, note préc., p. 1557.

²¹⁷⁰ CE, 21 janv. 2004, *Sté Aquitaine Démolition*, préc.

Récemment, le Conseil d'État a apporté des précisions quant aux conséquences à tirer de l'absence de réponse d'une autorité adjudicatrice à une demande d'information fondée sur l'article 83 du Code des marchés publics. Les motifs de rejet de l'offre du candidat et les éléments portant sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'entreprise attributaire avaient été communiqués. Sur le fondement de l'article 83, le candidat a demandé des informations supplémentaires, notamment celles relatives au prix de l'offre, ainsi que les notes obtenues par la société attributaire au titre des sous-critères. Le Conseil d'État a considéré qu'en ne répondant pas à cette demande « *le syndicat a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* » et « *qu'un tel manquement est susceptible de léser la société* »²¹⁷¹. Il a ensuite précisé que « *eu égard à la nature et à l'importance de leur pondération, ces « sous-critères » sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* ». Par conséquent, ils devaient être communiqués au candidat qui en avait fait la demande. Si le juge n'avait pas requalifié les sous-critères en véritables critères de sélection, il n'aurait pas fait droit à la demande du requérant. En effet, selon une jurisprudence constante, l'autorité adjudicatrice n'est pas dans l'obligation de communiquer les notes obtenues au titre des sous-critères sur le fondement de l'article 80 du Code des marchés publics²¹⁷². Une telle approche peut être regardée « *comme restant en-deçà des exigences du droit de l'Union européenne* » selon Bertrant Dacosta²¹⁷³.

Le candidat évincé est recevable à former un référé contractuel lorsque la méconnaissance de l'obligation de l'article 80 du Code des marchés publics l'a privé d'exercer utilement un référé précontractuel. À cet égard, le Conseil d'État précise que « *les dispositions de l'article L. 551-14 du CJA (...) n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un référé précontractuel alors qu'il était, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du CMP, dans l'ignorance des motifs de rejet de son offre et du choix de l'offre retenue* »²¹⁷⁴. Toutefois, l'office du juge du référé contractuel reste dans ce cadre strictement limité²¹⁷⁵.

²¹⁷¹ CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, préc.

²¹⁷² CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice-Côte d'Azur*, préc. – CE, 15 février 2013, *Sté SFR*, préc.

²¹⁷³ B. DACOSTA, concl. préc.

²¹⁷⁴ CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, n° 340944 ; *JCP A* 2010, 2379, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 59, note J.-P. Pietri.

²¹⁷⁵ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

Les principes consécutifs d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures disposent chacun de fonctions propres. L'égalité de traitement, dont la teneur varie en fonction de la nature du futur contrat, contraint l'autorité adjudicatrice à ne pas opérer de discrimination entre les candidats réels lors du deuxième temps de la commande publique. La transparence garantit l'intelligibilité de la procédure et permet *a posteriori* une vérification aisée de son impartialité. Qualifiée de principe « preuve », elle assure, à ce titre, l'efficacité des procédures de mise en concurrence et permet l'ouverture utile des recours contentieux.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

À partir des fonctions-fins des principes de la commande publique, il est possible de déterminer leurs fonctions-objets. En d'autres termes, les finalités spécifiques poursuivies par chacun permettent d'appréhender leurs fonctions propres, dans la mesure où chacune des règles spécifiques du droit de la commande publique peut être rattachée à l'un d'eux.

Le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence dispose d'une fonction économique initiale : économique, en ce sens qu'il permet l'ouverture du marché (au sens économique du terme) à la concurrence et détermine ses conditions d'accès ; initial, dès lors que c'est le premier principe qui s'applique, et que ses effets se diffusent jusqu'à l'exécution du contrat.

Les principes d'égalité et de transparence succèdent à liberté, et leur applicabilité est conditionnée à celle de ce principe. Le principe d'égalité de traitement contraint les acteurs de la commande publique à respecter une égalité entre les candidats qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence, et ce tout au long de la procédure, jusqu'au choix des offres. En outre, c'est un garant de l'impartialité de la procédure, dans la mesure où il empêche la survenance d'un conflit d'intérêts ou d'un délit de favoritisme. Le principe de transparence, quant à lui, dispose d'une fonction d'intelligibilité de la procédure, qui consiste à communiquer aux candidats certains éléments du déroulement de la mise en concurrence. C'est également un principe preuve, car il contraint l'autorité adjudicatrice à transmettre certaines informations *ex post* aux tiers ordinaires ou aux candidats évincés, qui leurs permettent de vérifier le bon déroulement de la procédure.

La conception temporelle des principes débouche ainsi sur l'institution d'une définition propre à chacun. De cette définition découle des implications positives sur le droit de la commande publique.

Titre 2 :

**LES IMPLICATIONS D’UNE DEFINITION DES FONCTIONS
PROPRES A CHAQUE PRINCIPE DE LA COMMANDE PUBLIQUE.**

La conception temporelle des principes de la commande publique permet d’établir une définition de leurs fonctions propres. Autrement dit, ce sont les fonctions-objet²¹⁷⁶ des principes qui sont précisées, dans la mesure où les règles qui découlent de chacun sont identifiées.

Le produit de cette conceptualisation n’a pas d’utilité sans une confrontation à la réalité juridique. En conséquence, il convient de transposer cette définition des fonctions propres au droit de la commande publique afin de percevoir ses incidences. La rencontre entre la conception temporelle et le droit positif dévoile qu’une définition des fonctions propres à chaque principe dispose d’implications certaines sur cette branche du droit. Elle permet d’apporter des précisions à la fois sur le régime de la commande publique, en délimitant le champ d’application des principes et en expliquant leur articulation fonctionnelle (**Chapitre 1**), et sur son contentieux, en précisant l’office du juge précontractuel et contractuel (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les implications sur le régime du droit de la commande publique.

Chapitre 2 : Les implications sur le contentieux du droit de la commande publique.

²¹⁷⁶ Cf. *Supra*, Introduction.

Chapitre 1 :

Les implications sur le régime du droit de la commande publique.

Dans les textes²¹⁷⁷ comme dans la jurisprudence²¹⁷⁸, l'existence des procédures de passation est fondée sur l'ensemble formé par les trois principes de la commande publique. Pourtant, la conception temporelle des principes dévoile que seule la liberté d'accès à la mise en concurrence justifie l'existence obligatoire des procédures de passation²¹⁷⁹. Lorsqu'est confiée ou externalisée une activité économique au bénéfice d'un opérateur économique, la liberté d'accès s'applique et contraint l'autorité adjudicatrice à respecter des obligations minimales de publicité, ou de publicité et de mise en concurrence. Cette définition des fonctions propres de la liberté d'accès est susceptible de s'appliquer à des contrats qui, jusque-là, échappaient à toute procédure de passation issue du droit de la commande publique. Dès lors, la conception temporelle des principes a pour effet d'étendre le champ d'application de la liberté d'accès à la mise en concurrence (**Section 1**).

La conception temporelle des principes permet également de préciser leur articulation dans le régime du droit de la commande publique. Une méconnaissance de la substance propre à chacun engendrait une confusion de leurs fonctions, rendant difficile une appréhension de leur

²¹⁷⁷ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602 – Code des marchés publics 2006 – décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JORF* n°0099 du 28 avril 2010, p. 7686 – ordonnance n°2009-864 relative aux contrats de concessions de travaux publics, *JORF* n°0162 du 16 juillet 2009, p. 11853 – ordonnance n°2005-649 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014 – ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°141 du 19 juin 2004, p. 10994, modifié par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°0175 du 29 juillet 2008, p. 12144.

²¹⁷⁸ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugüé ; *AJDA* 2002, 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude J. Gourdou et A. Bourrel – CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n° 264712, *Rec.* p. 71 ; *BJCP*, mai 2005, n° 40, p. 187, concl. D. Casas ; *RFDA* 2005, 483, concl. D. Casas ; *RJEP*, mai 2005, n° 620, p. 186, note J.-P. J. ; *Dr. adm.* 2005, comm. 19, note A. Ménéménis ; *JCP A*, 2005, p. 1190, note F. Linditch – CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 35797, *Rec.* p. 258 ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012, 1314 ; *ibid.* 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI* 2012, 560, obs. S. Braconnier ; *JCP A* 2012, act. 469 ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2012, Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, F. Brenet – CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Royaume de Danemark*, dit « *Storebaelt* », aff. C-243/89, *Rec.* p. I-3353 : le devoir de respecter l'égalité de traitement « *correspond à l'essence même* » des directives.

²¹⁷⁹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

articulation dans le processus d'achat public²¹⁸⁰. Cette confusion empêchait l'intelligibilité et la lisibilité de certaines étapes ou problématiques des procédures de passation, tel par exemple que le régime des modifications précontractuelles, ou l'intégration des nouvelles politiques publiques. La définition propre des fonctions de chaque principe permet dorénavant de préciser la manière dont ils sont susceptibles de s'articuler lors de la procédure de passation (**Section 2**).

Section 1 : Des précisions sur le champ d'application du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Deux types de contrats entrent dans le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence : les conventions d'occupation du domaine des personnes publiques (**paragraphe 1**) et les contrats de droit privé de la commande publique non soumis à des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence (**paragraphe 2**). Pourtant, dans le droit positif actuel, rien n'oblige les autorités adjudicatrices à respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de ces deux types de contrats.

S'agissant des conventions d'occupation du domaine, le Conseil d'État considère qu'aucun texte ni aucun principe n'impose le respect de telles obligations²¹⁸¹. En droit de l'Union européenne, cette catégorie de contrat n'entre pas dans le champ d'application des nouvelles directives de 2014²¹⁸², le 15^{ème} considérant de l'exposé des motifs de la directive 2014/23/UE

²¹⁸⁰ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²¹⁸¹ CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, n° 338272, *Rec.* p. 472 ; *AJDA* 2010. 2343 ; *ibid.* 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; *RDI* 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou ; *AJCT* 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2011. 496, obs. J.-P. Kovar ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; *RLC* 2011/26, note G. Clamour – CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593, *Rec.* p. 144 ; *AJDA* 2013. 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *RDI* 2013. 367, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2013. 470, obs. S. Hul ; *RJEP* 2013, comm. 39, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2013, comm. 63, obs. F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 199, note G. Eckert ; *JCP A.* 2013, n° 2180, note J.-F. Giaccuzo.

²¹⁸² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* 2014, p. L.94/1 – Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* 2014, p. L. 94/65 – Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés

disposant que ne sont pas des concessions « *certain accord dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques* ». Pourtant, la question ne semble pas tranchée, car « *au risque de troubler l'évidence et le consensus institutionnel, on peut suggérer que l'armature juridique de la question de la publicité et de la mise en concurrence des titres d'occupation domaniale reste à bâtir. Elle est en tout cas loin d'être seulement esquissée par l'arrêt Jean Bouin* »²¹⁸³. Les fonctions économiques de la liberté d'accès constituent un fondement solide à l'existence d'une procédure de passation pour la conclusion des titres d'occupation domaniale.

Lorsqu'un texte ne prévoit pas d'obligation procédurale spécifique, le juge judiciaire considère que la conclusion d'un contrat de droit privé de la commande publique n'est pas soumise au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence²¹⁸⁴. Pourtant, le principe de liberté dispose d'une fonction supplétive qui impose le respect de telles obligations. La jurisprudence du juge judiciaire est sur ce point discutable.

Paragraphe 1 : L'applicabilité de la liberté d'accès aux titres d'occupation domaniale.

La conclusion des titres d'occupation domaniale n'est soumise à aucune obligation procédurale particulière. Ainsi, « *les titres d'occupation du domaine public constituent le dernier bastion inébranlable non encore conquis par les procédures formalisées de passation issues du droit de la commande publique* »²¹⁸⁵. Dans le droit positif, la conclusion des titres d'occupation constitue donc « *un îlot dans un monde de transparence* »²¹⁸⁶. Pourtant, des

par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE* 2014, p. L.94/243.

²¹⁸³ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publ.* 2012, ét. 8.

²¹⁸⁴ Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*, n° 11-25.282 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 101, note W. Zimmer.

²¹⁸⁵ S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Bien public, Bien commun, Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373.

²¹⁸⁶ Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, Sirey, 10^{ème} éd, 2015, p. 158.

« *changements dans la conception du domaine public* »²¹⁸⁷ amène la doctrine à s'interroger sur le bien-fondé de l'absence de soumission de la conclusion des titres d'occupation domaniale aux règles de publicité et de mise en concurrence²¹⁸⁸. À cet égard, Gabriel Eckert souligne que les principes de la commande publique devraient trouver à s'appliquer « *aux opérations de location de biens publics, qu'il s'agisse des traditionnelles conventions d'occupation du domaine public ou de contrats de droit privé, comme les baux emphytéotiques ou les baux commerciaux passés par les personnes publiques pour la gestion de leur domaine privé* »²¹⁸⁹. Le régime de l'occupation du domaine des personnes publiques est à cet égard ambivalent (A). L'absence d'un fondement solide justifiant l'existence d'une procédure spécifique explique les hésitations jurisprudentielles et le débat doctrinal autour de la conclusion des titres d'occupation. La liberté d'accès à la mise en concurrence, telle que définie précédemment, constitue un tel fondement (B).

A : L'ambivalence sur le régime des titres d'occupation du domaine des personnes publiques.

A priori, la question de la passation des titres d'occupation domaniale est résolue par le Conseil d'État²¹⁹⁰ (I). Sauf si l'occupation du domaine est l'élément constitutif d'un autre contrat lui-même soumis à une procédure obligatoire, le gestionnaire du domaine n'est pas contraint par le respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence. L'aspect économique du domaine, qui en fait dans certain cas une ressource rare, ne fait pas disparaître l'interrogation sur le régime de passation des titres d'occupation, malgré l'intervention du Conseil d'État (II). En effet, un doute subsiste sur la conclusion des conventions d'occupation du domaine des personnes publiques « *chaque fois que cette occupation est susceptible d'affecter le jeu de la concurrence* »²¹⁹¹. Certains pouvoirs adjudicateurs respectent de leur propre initiative une procédure, et le discours doctrinal plaide en faveur de l'instauration d'un régime de passation. La conclusion des titres d'occupation est ainsi plongée dans une ambivalence qu'il convient de résoudre.

²¹⁸⁷ *Idem.*

²¹⁸⁸ Pour approfondir cette question, v. S. COMELAS, *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales ; Réflexions sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014.

²¹⁸⁹ G. ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 244.

²¹⁹⁰ CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, préc.

²¹⁹¹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* – t. 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2011, p. 274.

I : Une interrogation *a priori* résolue par le droit positif.

Dans certaines hypothèses, l'occupation du domaine des personnes publiques doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence. C'est le cas lorsque l'autorisation domaniale est l'élément constitutif d'un autre contrat, lui même soumis à une procédure de passation obligatoire. Dès lors, si le titre d'occupation forme avec un marché public²¹⁹², une délégation de service public²¹⁹³ ou une concession de travaux²¹⁹⁴ « *un ensemble contractuel indissociable* »²¹⁹⁵, la conclusion du contrat doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence. À cet égard, il n'y a pas lieu de rechercher si l'occupation du domaine est l'objet principal ou accessoire du contrat²¹⁹⁶. En cas de doute sur la nature du contrat à conclure, le Conseil d'État juge qu'il convient d'appliquer à la passation du contrat la procédure la plus rigoureuse²¹⁹⁷.

Le domaine des personnes publiques peut également être utilisé comme un instrument de partenariat public-privé²¹⁹⁸. Dans ce cadre, « *le contrat sert de support à une opération dont la finalité est la réalisation d'ouvrages utiles à la personne publique elle-même. L'objet principal n'est pas d'autoriser l'occupation de la dépendance domaniale, l'occupation n'est qu'une condition de réalisation de l'opération d'ensemble* »²¹⁹⁹. C'est ce qui est classiquement nommé « *montage contractuel complexe* »²²⁰⁰. Lorsque ces montages ont pour

²¹⁹² CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298, *Rec.* p. 478 ; *AJDA* 2006. 120, ét. A. Ménéménis ; *D.* 2005. 2970 ; *RFDA* 2005. 1083, concl. D. Casas ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 11, obs. F. Brenet ; *Dr. adm.* 2006, comm. 25, note J.-B. Auby ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 319, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *CTI* 2006, comm. 3, note G. Pellissier ; *JCP A* 2005. 1825, et *JCP A* 2006, n° 3, II. 1007, notes F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 322, note J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 15, note A. Tassone.

²¹⁹³ CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, n° 212100, *Rec.* p. 282 ; *BJCP* 2000, p. 355, concl. C. Bergeal ; *RFDA* 2000, p. 797, note S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2000, comm. 17, note F. Llorens ; *D.* 2001, *AJ*, n° 9, p. 733, note L. Bordereaux ; *RDI.* 2000, p. 549, obs. L. Vallée ; *RTD com.* 2000. 876, obs. G. Orsoni – CE, 11 décembre 2000, Mme Agofroy, n° 202971 ; *RFDA* 2001, p. 1277, concl. S. Austry – CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, n° 217639, *Rec. T.* p. 1089 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 74, note F. Llorens.

²¹⁹⁴ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633, *Rec.* p. 301 ; *RFDA* 1994, p. 728, concl. S. Lasvignes ; *AJDA* 1994, p. 502, chron. C. Maugué et L. Touvet ; *JCP* 1994, II, n° 22342, note Duroy.

²¹⁹⁵ E. FATÔME, Ph. TERNEYRE, « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, 1994, p. 579.

²¹⁹⁶ CE, ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, préc.

²¹⁹⁷ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n°317671, *Rec. T.* p. 840 ; *AJDA* 2009. 1174 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 86, obs. W. Zimmer ; *RJEP* 2010. 17, note C. Chamard-Heim.

²¹⁹⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 523.

²¹⁹⁹ *Idem.*

²²⁰⁰ V. à ce titre : Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, n° spéc. « Transparence, financement, exécution : unité et diversité d'un droit en mutation », p. 43 – N. SYMCHOWICZ,

objet principal la réalisation, l'entretien et la gestion d'un ouvrage répondant aux besoins de la personne publique, ils doivent être considérés comme des marchés publics ou des concessions au regard du droit de l'Union européenne²²⁰¹. Dès lors, si le montant global dépasse le champ d'application des directives ou que le contrat présente un intérêt transfrontalier, la passation est soumise aux règles du droit dérivé de l'Union européenne²²⁰². À ce titre, le législateur français a créé des régimes particuliers pour la réalisation d'équipements dans certains secteurs²²⁰³, dont les contrats sont soumis à une procédure de passation particulière, afin que le droit interne soit conforme au droit de l'Union européenne. Dorénavant, ces montages sont considérés par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics comme des marchés globaux sectoriels, et doivent donc faire l'objet d'une des procédures de passation applicable aux marchés publics²²⁰⁴.

Les textes prescrivent également des obligations de publicité ou de publicité et de mise en concurrence pour certaines catégories spécifiques de convention d'occupation du domaine. Il s'agit des concessions de plages²²⁰⁵, des beaux emphytéotiques hospitaliers²²⁰⁶, des concessions de force hydraulique²²⁰⁷. Pour l'ensemble de ces contrats, l'obligation de

La mutation des procédés contractuels des personnes publiques : le recours aux « procédés contractuels complexes », thèse dactyl., Paris I, 2002 – P. LIGNIÈRES, *Partenariats public-privé : contrats de partenariat et montages contractuels complexes*, Litec, 2^{ème} éd., 2005 – N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Le Mon., 3^{ème} éd., 2012.

²²⁰¹ CAA Nancy, 11 octobre 2007, *Association Aubette Demain contre Ville de Strasbourg*, n° 06NC00733 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 19, note G. Eckert – TA Bordeaux, ord., 26 novembre 2007, *Société Norbail-Immobilier*, n° 0704671 ; *CP-ACCP* 2008, n° 75, p. 60, note V. Touchard – CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, *Rec. p.* I-02673 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 164, obs. W. Zimmer.

²²⁰² CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *Rec. p.* I-00385 ; *BJCP* 2007, p. 184, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2007. 167 ; *ibid.* 409, étude E. Fatôme et L. Richer ; *ibid.* 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2009. 1868, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre ; *RDI* 2007. 150, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defosse, *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 8, obs. W. Zimmer ; *JCP A* 2007. 2028, note C. Devès ; *Europe* 2007. comm. 91, obs. E. Meisse ; *RLDA* 2007, n° 111, note M. Fornacciarri ; *RLCT*, 2007, n° 23, p. 41, note J. P. Lévy et A. Fage ; *RDP* 2007. 1329, art. S. Braconnier.

²²⁰³ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JORF* du 30 août 2002 p. 14398 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 203, obs. E. Delacour ; *BJCP* 2002, p. 498, obs. Ph. Terneyre – Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002 p. 14934 – Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008, *JORF* du 29 janvier 2003 p. 1744 – Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure modifiant la loi du 29 août 2002 préc., *JORF* n°66 du 19 mars 2003 p. 4761 – Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, *JORF* n°274 du 27 novembre 2003 p. 20136.

²²⁰⁴ Art. 35 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015 p. 12602.

²²⁰⁵ Art. L321-9 du Code de l'environnement – Art. R2124-24 du CGPPP.

²²⁰⁶ Art. L6148-5 du Code de la santé publique.

²²⁰⁷ Art. 1^{er} du décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, *JORF* n°0227 du 28 septembre 2008 p. 15006.

procéder à une publicité et une mise en concurrence ne soulève aucune difficulté. En revanche, la question est plus délicate s'agissant des titres d'occupation autonomes, qui ne sont pas adossés à un contrat nommé et qui ne constituent pas un montage complexe entrant dans le champ d'application des directives ou dans les partenariats public-privé sectoriels.

Pour les contrats dont le seul objet est l'occupation du domaine public, le Conseil d'État considère « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel* »²²⁰⁸. Par conséquent, l'octroi des titres d'occupation domaniale est exonéré de toute formalité de publicité et de mise en concurrence²²⁰⁹. Aucun texte n'impose de telles obligations, le Code général de la propriété des personnes publiques ne prévoyant, « *de manière curieuse* »²²¹⁰, aucune règle générale de procédure²²¹¹. Ainsi, il serait possible d'affirmer que la décision *Ville de Paris, Association Jean Bouin*, clôt le débat sur la passation des titres d'occupation domaniale. Pourtant, « *croire que le Conseil d'État a réglé avec un tel considérant une question qui a suscité tant de positions contradictoires des juges du fond, un débat doctrinal nourri avec des représentations variées de l'état du droit positif – mais aussi du possible et du souhaitable – serait se bercer d'illusion. Illusion que de croire qu'à partir du moment où le juge dit, le droit est dit ; que tout est dit* »²²¹². Selon Gabriel Eckert, « *malgré l'importance qui doit être donnée à cet arrêt, il ne saurait être considéré comme figeant l'état du droit* »²²¹³. La question n'est en effet pas résolue, elle est simplement déplacée du juge au législateur²²¹⁴. C'est pourquoi elle est encore d'actualité.

²²⁰⁸ CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, préc.

²²⁰⁹ Cette solution est implicitement affirmée dans CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, préc.

²²¹⁰ L. RICHER, *op. cit.*, p. 534.

²²¹¹ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA* 2006, p. 935 – Ch. MAUGÜÉ et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073.

²²¹² Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publ.* 2012, ét. 8.

²²¹³ G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics*, G. Clamour (dir.), Lexisnexus, coll. Débats et colloques, 2011, p. 53.

²²¹⁴ *Idem* – N. ESCAUT, concl. sur CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, n° 338527, *BJCP* n° 74, p. 45 – G. CLAMOUR, note sous CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *RLCT* 2011, p. 26.

De plus, dans la décision *Association Jean Bouin*, le Conseil d'État « prend le soin de préciser que l'absence d'obligation pour les personnes publiques d'organiser une procédure à la délivrance d'une autorisation d'occupation domaniale vaut pour les autorisations et contrats ayant pour seul objet (et non pour objet principal) l'occupation d'une telle dépendance »²²¹⁵. Par conséquent, pour les autorisations qui n'ont pas pour seul objet l'occupation du domaine, la question ne semble pas tranchée. C'est le cas des contrats conditionnés par l'existence d'un but d'intérêt général²²¹⁶, ou conclus dans l'objectif de valoriser le domaine public²²¹⁷. C'est l'aspect économique du domaine qui maintient une interrogation quant à la conclusion des titres d'occupation domaniale.

II : Une interrogation persistante fondée sur l'aspect économique des titres d'occupation domaniale.

Au départ, la gestion et la protection de l'intégrité du domaine public sont perçues comme une composante de l'ordre public²²¹⁸, les autorités détenant à ce titre un véritable pouvoir discrétionnaire. C'est ce pouvoir qui justifie le libre choix par l'autorité de l'occupant du domaine²²¹⁹. Cette perception administrative a depuis évolué, l'aspect patrimonial et économique du domaine public ayant été révélé par la pratique²²²⁰. Ainsi, le domaine public « est devenu le siège d'enjeux économiques qui peuvent être considérables et les décisions prises par le gestionnaire sont susceptibles d'avoir de fortes incidences en matière de concurrence »²²²¹. C'est sous l'influence d'un double mouvement que les circonstances entourant la délivrance des titres d'occupation domaniale ont changé²²²². D'une part, émerge une prise de conscience selon laquelle « la propriété publique est une richesse que la personne publique doit, en tant que telle, exploiter et valoriser »²²²³. D'autre part, il est

²²¹⁵ E. FATÔME, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », *AJDA* 2010, p. 2475.

²²¹⁶ Il s'agit du bail emphytéotique administratif (art. L1311-2 du CGCT), des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels (art. L1311-5 du CGCT).

²²¹⁷ Art. L2341-1.-I. du CG3P.

²²¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Collectivités publiques et concurrence*, rapport public 2002, la Doc. Fr., EDCE, p. 375 – sur la notion d'ordre public, v. notamment P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse, LGDJ, 1962.

²²¹⁹ CE, 26 avril 1944, *Dame Dejean et Fournier*, *Rec. T.* p. 386.

²²²⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 375.

²²²¹ *Ibid.*, p. 377.

²²²² Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

²²²³ *Idem.*

constaté une « *montée en puissance de la dimension économique du droit du domaine* »²²²⁴. L'aspect économique du domaine public est unanimement reconnu par le discours doctrinal. Il est ainsi affirmé que « *les contrats d'occupation du domaine public ont une place importante dans la vie économique à la fois parce qu'ils constituent un des instruments juridiques de l'exploitation économique du domaine public par les collectivités publiques et parce que dans certains secteurs, comme les transports, l'énergie et les télécommunications, les entreprises privées et publiques ont besoin d'utiliser le domaine public* »²²²⁵. Le domaine public est ainsi considéré comme « *un bien économique, une source de richesse* »²²²⁶, « *une ressource rare* »²²²⁷, « *un bien rare pour les opérateurs économique* »²²²⁸. En outre, le législateur permet désormais la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public²²²⁹, « *ce qui ne peut que contribuer à rendre le domaine public plus attractif pour les opérateurs économiques* »²²³⁰. Cet aspect économique engendre des conséquences juridiques sur la délivrance des titres d'occupation domaniale.

Il est ainsi admis que le domaine des personnes publiques « *subit la loi du marché, celle de l'offre et de la demande* »²²³¹. Ainsi, « *les titres d'occupation domaniale constituent un véritable droit d'accès à un marché pour un opérateur économique* »²²³². Par conséquent, la délivrance des titres d'occupation est susceptible, bien souvent, de perturber « *le jeu normal des marchés concurrentiels* »²²³³. Dès lors, l'octroi d'un titre d'occupation domanial peut être perçu comme un véritable avantage économique pour son bénéficiaire²²³⁴. C'est pour cette

²²²⁴ *Idem.*

²²²⁵ L. RICHER, *op. cit.*, p. 523.

²²²⁶ G. HOUILLON, « Le clair-obscur des obligations de publicité et de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'occupation du domaine public », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Godfrin*, 2014, éd. Mare & Martin, p. 209.

²²²⁷ J. SORIN, concl. sur TA Versailles, 5 janvier 2010, *Guyard*, n° 0612329, *AJDA* 2010, p. 1198.

²²²⁸ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA* 2009, p. 568.

²²²⁹ Art. 72 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* n°0140 du 19 juin 2014 p. 10105 : « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».

²²³⁰ J. BOUSQUET, « Clientèle propre et domaine public : quand un cépage peut sublimer un terroir », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 6.

²²³¹ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

²²³² G. HOUILLON, art. préc., p. 225.

²²³³ A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA* 2006, p. 126.

²²³⁴ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc. : « *siège de l'activité économique des personnes privées, le domaine des personnes publiques acquiert les qualités d'un bien rare pour les opérateurs économiques, et la possibilité de son occupation devient un avantage, parfois même une nécessité pour pouvoir exercer leurs activités* » – J. SORIN, art. préc. : « *le domaine des personnes publiques constitue une ressource rare dont l'exploitation par un opérateur économique peut lui conférer un avantage sur ses concurrents* » – N. ESCAUT, concl. préc., p. 43 : « *d'une part, le domaine public est peu à peu apparu aux personnes publiques comme une richesse collective* ».

raison que le juge administratif impose le respect du droit de la concurrence²²³⁵ pour la délivrance des titres d'occupation domaniale, lorsque la dépendance est le siège d'activités de production, de distribution ou de services²²³⁶. Dans ce cadre, la personne publique ne peut « *méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code du commerce* »²²³⁷. Depuis cette jurisprudence, « *un tournant est franchi en ce que l'on va désormais se placer du point de vue du potentiel économique que comporte l'exploitation du domaine public et donc du point de vue de la rivalité naissant entre les candidats à l'exploitation de ce potentiel* »²²³⁸.

Naturellement, au regard de ces éléments, se pose la question de l'existence d'une procédure de passation obligatoire pour l'octroi des titres d'occupation domaniale. Lorsque le domaine est le support d'une activité économique, l'occupant qui l'exploite dispose d'un véritable avantage économique sur ses concurrents. L'occupation du domaine devient ainsi un avantage convoité, « *parfois une nécessité pour les opérateurs économiques* »²²³⁹. Or, « *cette nécessité contraste avec la liberté dont jouit le maître du domaine dans la gestion de ce dernier* »²²⁴⁰. Par conséquent, les opérateurs économiques « *doivent donc pouvoir exiger du maître du domaine les garanties d'une attribution transparente et non discriminatoire de cet avantage* »²²⁴¹. Le discours doctrinal comme certaines juridictions plaident en faveur de cette exigence.

qu'il leur appartient de valoriser. D'autre part, dès lors qu'il est mis à la disposition d'un opérateur économique pour y mener son activité, le domaine public devient un avantage économique pour celui qui en bénéficie ».

²²³⁵ Il s'agit de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que l'ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986 p. 14773.

²²³⁶ CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202260, *Rec.* p. 96 ; *AJDA* 1999. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex ; *RFDA* 1999. note D. Pouyaud ; *CJEG* 1999, p. 264, concl. J.-H. Stahl ; *D.* 2000, p. 204, note J.-P. Markus ; *RDP* 1999, p. 1543, note S. Manson ; *RDP* 2000, p. 353, note C. Guettier – CE, 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° 223100, *Rec. T.* p. 918 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 148, note Ph. Délélis ; *JCP G* 2002, I, p. 169, note S. Braconnier.

²²³⁷ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909, *Rec.* p. 231 ; *AJDA* 2012. 1037, obs. R. Grand ; *ibid.* 1129, trib. S. Braconnier ; *ibid.* 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; *AJCT* 2012. 445, note M. Juilles ; *RDI* 2012. 566, note N. Foulquier ; *RFDA* 2012. 1181, note S. Nicinski ; *BJCP* 2012. 291, concl. N. Boulouis et obs. R. S. ; *JCP A.* 2012. 364, obs. M. T.-D. ; *ibid.* 2013. 2012, note H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2012. Repère 8, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *ibid.*, comm. 258, note F. Ziani ; *RJEP* 2012. 49, note M. Ubaid-Bergeron ; *Dr. adm.* 2012. 89, note F. Brenet.

²²³⁸ S. NICINSKI, art. préc., p. 375.

²²³⁹ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

²²⁴⁰ *Idem.*

²²⁴¹ S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RDP* 2009, n° 1, p. 43.

Le Conseil d'État, dans son rapport *Collectivités publiques et concurrence* de 2002, affirme ainsi qu'il « paraît souhaitable que les mêmes obligations [de publicité et de mise en concurrence] soient respectées (...) pour toutes les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public »²²⁴². Cette logique est réceptionnée par le discours doctrinal²²⁴³, l'Autorité de la concurrence²²⁴⁴, et certaines juridictions de fond²²⁴⁵. Pourtant, le Conseil d'État ne se prononce pas en ce sens²²⁴⁶, et le législateur reste muet sur la question. Dès lors, « les décideurs publics marchent à tâtons, naviguant à vue entre la conscience qu'aucune disposition textuelle n'impose une mise en concurrence des véritables conventions d'occupation précaires d'occupation du domaine public et la conviction de devoir composer avec une obligation jurisprudentielle générale de transparence qui s'étend comme une tâche d'huile et ne tardera pas à toucher l'ensemble des contrats publics d'affaires. L'insécurité juridique est palpable, la prudence de mise »²²⁴⁷. Il convient de rechercher si actuellement, il existe un fondement qui infirme ou confirme l'existence d'une obligation de procéder à une passation pour la conclusion des titres d'occupation domaniale.

²²⁴² CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 380.

²²⁴³ D. CASAS, concl. sur CE, ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298, *RFDA* 2005. 1091 – A. CABANES, « Faut-il soumettre l'occupation du domaine public à une procédure spécifique ? », *CP-ACCP* 2006, n° 54, p. 27 – G. BERTHON, « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA* 2009, p. 483 – Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc – J. SORIN, concl. préc. – G. HOUILLON, art. préc.

²²⁴⁴ Cons. conc., avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 *relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits* ; *RJEP* 2005, p. 144, note P. D. ; *RLC* 2005, n° 145, obs. M. Bazex et S. Blazy ; *CP-ACCP* 2005, n° 44, p. 53, note A. Le Miere et D. Hasday – Aut. Conc, avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 *relatif aux problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français*.

²²⁴⁵ TA Paris, 30 mai 2007, *Préfet de Paris*, n° 0516131 ; *AJDA* 2009, p. 1766, note F. Lelièvre – CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis*, n° 01BX00381 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 31, note J.-P. Pietri ; *AJDA* 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus – TA Nîmes, 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, n° 0620809 ; *AJDA* 2008. 2172, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 10, note L. Battoue ; *RLC* 2008, n° 16, note G. Clamour – TA Versailles, 5 janvier 2010, *M. Guyard*, n° 0612329 ; *AJDA* 2010, concl. J. Sorin.

²²⁴⁶ CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, n° 338272, préc.

²²⁴⁷ G. CLAMOUR, note sous TA Nîmes, 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, n° 0620809, *RLC* 2008, n° 16.

B : La liberté d'accès comme fondement à l'existence d'une procédure de passation des titres d'occupation domaniale.

La liberté d'accès à la mise en concurrence, telle que définie précédemment, s'applique à la conclusion des titres d'occupation domaniale (I). Lorsque l'occupation a pour objet de conférer à un opérateur économique une activité économique, elle entre dans son champ d'application. Par conséquent, le gestionnaire du domaine est contraint de se conformer aux implications du principe de liberté d'accès, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une procédure de passation dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence (II).

I : L'applicabilité de la liberté d'accès aux titres d'occupation du domaine des personnes publiques.

Le débat autour de la conclusion des titres d'occupation domaniale porte en premier lieu sur la recherche d'un fondement légitimant l'existence d'une procédure de passation (a). Trois fondements sont discutés : le droit de l'Union européenne, notamment la décision *Telaustria* du 7 décembre 2000²²⁴⁸ ; le droit de la concurrence ; les principes de la commande publique, notamment le principe de transparence. Aucun de ces trois fondements n'est satisfaisant pour justifier l'existence d'une procédure. La conception temporelle des principes permet d'envisager un autre fondement, celui du principe de liberté d'accès à la commande publique, dont les fonctions encadrent le régime de passation des titres d'occupation domaniale (b).

a : La recherche d'un fondement à l'existence d'une procédure obligatoire.

Le droit de l'Union européenne constitue une base certaine de l'existence d'une obligation de transparence dans la délivrance des titres d'occupation du domaine public lorsque ce dernier est le support d'une activité économique. Dans une décision *Steinhauser c/*

²²⁴⁸ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2001. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin.

Ville de Biarritz du 19 juin 1985²²⁴⁹, la Cour de justice pose le principe de l'applicabilité des principes issus des traités à la délivrance des titres d'occupation domaniale, notamment l'obligation de non discrimination²²⁵⁰. La Commission européenne confirme cette interprétation en rappelant que « *tout acte par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des règles et principes du traité* »²²⁵¹. Or, dans la décision *Telaustria* du 7 décembre 2000²²⁵², la Cour révèle que le principe de non discrimination « *implique, notamment, une obligation de transparence* », qui « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ». Il peut être déduit de la combinaison de ces deux jurisprudences que les personnes publiques doivent respecter le principe de transparence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale.

Ainsi, le domaine public considéré comme un bien économique « *n'échappe pas aux grands principes des traités, dont l'obligation de non discrimination et de transparence qui s'y attache* »²²⁵³. Dès lors, « *on peut se demander s'il reste possible d'attribuer sans publicité préalable le droit d'occuper le domaine public* »²²⁵⁴. Selon Julien Sorin, une autorité publique qui attribue un titre sans avoir permis aux entreprises présentes sur le marché de présenter une offre « *méconnaît autant le droit de l'Union que si elle avait procédé à une délégation de service public sans mise en concurrence préalable* »²²⁵⁵, dans la mesure où l'octroi du titre a pour effet de fausser le jeu de la concurrence. Certains auteurs²²⁵⁶ ne partagent pas cette analyse. Ils considèrent que les conventions d'occupation n'ont pas pour objet la réalisation de prestations d'activités économiques, mais simplement la mise à disposition d'un bien public. En outre, la personne publique, dans ce cadre, ne formule pas une demande mais est offreuse sur le marché. Par conséquent, les principes issus des traités ne sont pas applicables. Toutefois, lorsque le domaine public est le support d'une activité économique, son exploitation permet à l'occupant d'accéder à un marché au sens économique du terme²²⁵⁷, et

²²⁴⁹ CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, aff. C- 197/84, *Rec.* p. 01819.

²²⁵⁰ *Idem*, pt 16.

²²⁵¹ COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les partenariats public privé et le droit communautaire des marchés et des concessions, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final, § 8.

²²⁵² CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, préc.

²²⁵³ G. HOUILLON, art. préc., p. 209.

²²⁵⁴ L. RICHER, *op. cit.*, p. 534.

²²⁵⁵ J. SORIN, art. préc.

²²⁵⁶ C. BARDON et Y. SIMONNET, « *Telaustria : quel périmètre*, », *Dr. adm.* 2009, ét. 2.

²²⁵⁷ G. HOUILLON, art. préc., p. 225.

lui confère un avantage économique certain. Cet octroi est donc susceptible de fausser le jeu normal de la concurrence. Dans ce cas, les principes issus des traités ont vocation à s'appliquer à la délivrance des titres d'occupation domaniale. Cependant, cette logique n'a jamais été confirmée par la Cour de justice s'agissant de l'occupation des dépendances domaniales. Par conséquent, il convient de rechercher un autre fondement.

En droit interne, le fondement de telles obligations est incertain. Une partie du discours doctrinal²²⁵⁸, ainsi que l'Autorité de la concurrence²²⁵⁹, déduisent l'existence d'obligations de publicité et de mise en concurrence du droit de la concurrence. Pourtant, le principe de liberté du commerce et de l'industrie, et les ordonnances du 1^{er} décembre 1986²²⁶⁰ et du 18 septembre 2000²²⁶¹, ne constituent pas un fondement logique à de telles obligations. Le droit de la concurrence justifie que le maître du domaine ne place pas l'occupant en situation d'abuser de sa position dominante. En revanche, il ne justifie pas l'existence d'obligations de publicité et de mise en concurrence²²⁶². Comme l'affirme Nathalie Escaut, « *il faut bien distinguer les règles du droit de la concurrence qui sont des règles de fond, de l'institution d'une obligation procédurale tenant à la mise en place d'une publicité préalable* »²²⁶³. Le droit de la concurrence présente un caractère répressif en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles intervenant sur le marché. Or, l'instauration d'une obligation de publicité et de mise en concurrence présente un caractère préventif, afin d'assurer l'efficacité de l'achat public. Par conséquent, ces obligations et le droit de la concurrence découlent de logiques différentes. Elles sont parfois antinomiques, puisque l'instauration d'une procédure de passation peut favoriser les pratiques anticoncurrentielles²²⁶⁴.

²²⁵⁸ A. CABANES, art. préc. – Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc. : « : « l'obligation d'organiser une publicité, voire une mise en concurrence des titres d'occupation domaniale trouve son fondement dans les règles et principes fondamentaux du traité que sont notamment, d'une part, le droit de la concurrence, et d'autre part, la liberté d'établissement et la libre prestation de service » – G. HOUILLON, art. préc., p. 218.

²²⁵⁹ Cons. conc., avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, préc. – Aut. Conc, avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif aux problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français, préc.

²²⁶⁰ Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773 (ABROGÉE).

²²⁶¹ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, *JORF* n° 0219 du 21 septembre 2000, p. 14783.

²²⁶² G. ECKERT, art. préc., pp. 61-62 : le droit des pratiques anticoncurrentielle « n'a pas pour effet d'imposer aux personnes publiques la mise en place de procédures ex ante. Plus largement, le principe d'égalité, qui constitue une règle de fond, n'a pas pour conséquence d'imposer le respect d'une telle obligation procédurale ».

²²⁶³ N. ESCAUT, concl. préc., p. 45.

²²⁶⁴ G. KALFLÈCHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420 : « le droit de la commande publique, en tant qu'il est un droit des contrats, est soumis au droit de la concurrence. D'un côté, la passation et l'exécution de ces contrats sont l'occasion de pratiques anticoncurrentielles de la part des personnes privées ou publiques répondant aux marchés. D'un autre, l'acte administratif contractuel ou ses

De plus, admettre comme fondement le droit de la concurrence revient à reconnaître un paradoxe dans la jurisprudence du Conseil d'État. Dans sa décision *Société EDA*²²⁶⁵, la Haute juridiction découvre l'applicabilité du droit de la concurrence aux dépendances du domaine des personnes publiques. Onze ans plus tard, dans l'affaire du *Stade Jean Bouin*²²⁶⁶, elle affirme « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public* ». Par conséquent, le droit de la concurrence est applicable aux dépendances du domaine public, mais n'exige pas l'instauration de telles obligations. Si tel était le cas, le Conseil d'État n'aurait pas de difficulté à le confirmer, l'applicabilité du droit de la concurrence étant depuis plusieurs années évidente. Si ce droit constitue un fondement solide, il paraît étonnant que depuis l'affirmation de son applicabilité, il n'y ait aucune démarche ni du législateur, ni du juge. L'inapplicabilité du droit de la concurrence amène à se tourner vers le droit de la commande publique, plus particulièrement vers le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

b : La liberté d'accès comme fondement à l'existence obligatoire d'une procédure.

Afin de rechercher un fondement à l'existence d'obligations procédurales pour la délivrance des titres d'occupation domaniale, il convient de se tourner vers le droit de la commande publique²²⁶⁷. Les textes étant silencieux, c'est logiquement sur les principes de la commande publique qu'il convient de se pencher²²⁶⁸. La question soulevée est celle de l'applicabilité des principes de la commande publique à la délivrance des autorisations d'occupation du domaine des personnes publiques. Cette idée ne convainc pas une partie de la doctrine. Pour Didier Casas, « *il est bien évident que l'occupation du domaine ne peut se rattacher à une question de commande publique* »²²⁶⁹. En outre, les obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas « *une spécificité du droit de la commande publique* »²²⁷⁰,

éléments détachables doivent respecter le droit de la concurrence, alors même que les procédures de passation favorisent parfois les illégalités ».

²²⁶⁵ CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, préc.

²²⁶⁶ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, préc.

²²⁶⁷ C'est en effet dans cette matière que sont nées les obligations de publicité et de mise en concurrence.

²²⁶⁸ Il est à noter que les principes de la commande publique ont vocation à s'appliquer même en l'absence de texte : cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²²⁶⁹ D. CASAS, concl. préc.

²²⁷⁰ G. HOUILLON, art. préc., p. 218.

et « *relèvent en réalité du droit de la concurrence* »²²⁷¹. Dès lors, si le droit de la commande publique vient à être supprimé, le droit de la concurrence justifie à lui seul l'emploi de telles procédures²²⁷². En conclusion, il est possible d'affirmer que « *le fondement de l'obligation de publicité et de mise en concurrence des occupations domaniales dans le droit des marchés publics et des concessions est introuvable* »²²⁷³. Une des premières raisons du rejet des principes de la commande publique tient au fait qu'ils poursuivent un objectif de bonne utilisation des deniers publics. Or, la poursuite de cet objectif est sans rapport avec le fonctionnement concurrentiel du marché, donc avec la délivrance des autorisations d'occupation du domaine²²⁷⁴. Toutefois, cet argument est fragile, dans la mesure où il est acquis que les principes de la commande publique poursuivent plusieurs objectifs, dont celui d'ouverture des marchés à la concurrence²²⁷⁵. Par conséquent, leur application est en lien direct avec le fonctionnement concurrentiel du marché. Ainsi, il demeure possible d'étendre les principes de la commande publique aux contrats portant sur la propriété publique²²⁷⁶.

La non-applicabilité des principes repose surtout sur la notion de « commande publique ». Il est admis par une partie de la doctrine que les autorisations d'occupation du domaine ne font pas partie de la catégorie des contrats de la commande publique. En effet, en tant que maître du domaine, la personne publique n'est pas dans une situation de demande sur le marché, puisqu'elle n'attend pas la satisfaction de l'un de ses besoins. Elle est dans une situation d'offre de prestations²²⁷⁷. Par conséquent, les principes de la commande publique ne s'appliquent pas, puisqu'ils ont vocation à encadrer la demande publique, la « commande publique ». Ainsi, il relève « *de la pure confusion juridique* »²²⁷⁸ de vouloir soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine aux principes de la commande publique. Cet argument est contestable, car d'une part, « *rien ne justifie que ces principes [de la commande publique] soient limités au seul domaine de la commande publique* »²²⁷⁹. D'autre part, il repose sur la notion même de commande publique.

²²⁷¹ *Idem.*

²²⁷² Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

²²⁷³ *Idem.*

²²⁷⁴ C. BARDON et Y. SIMONNET, art. préc.

²²⁷⁵ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²²⁷⁶ G. ECKERT, art. préc., p. 69.

²²⁷⁷ C. BARDON et Y. SIMONNET, art. préc.

²²⁷⁸ *Idem.*

²²⁷⁹ G. ECKERT, art. préc., p. 69.

Cette notion juridique n'est actuellement pas définie de manière précise par le droit positif. Pour certains, elle « *n'a rien d'une notion juridique* »²²⁸⁰ et ne renvoie à aucune catégorie juridique particulière²²⁸¹. C'est une notion floue « *dont les contours restent à dessiner* »²²⁸², et dont la conception diverge en fonction des positions doctrinales. Pour certains, la notion de commande publique doit être entendue au sens strict du terme²²⁸³, et doit être circonscrite aux marchés publics. Pour d'autres, elle recouvre une acception plus large. Selon François Llorens, les contrats de la commande publique sont « *l'ensemble des contrats par lesquels une personne publique cherche à se procurer un bien ou un service, y compris ce service particulier consistant à exploiter un ouvrage ou à gérer une activité de service (public ou non)* »²²⁸⁴. Pour Pierre Delvolvé, la commande publique est très large, puisque les principes de la commande publique s'imposent « *à tous les contrats publics* »²²⁸⁵. Gabriel Eckert souligne les difficultés d'une définition précise de la notion de commande publique, dans la mesure où « *la distinction entre offre publique et demande publique est loin d'être aussi simple à opérer qu'il n'y paraît* »²²⁸⁶. Ainsi, la commande publique demeure « *une nébuleuse pour laquelle il est seulement possible d'entrevoir quelques bribes d'un régime juridique commun dans la passation de différents contrats publics et dont le plus petit dénominateur est constitué des principes généraux de la commande publique* »²²⁸⁷. Dès lors, la question de l'applicabilité des principes de la commande publique à la délivrance des autorisations d'occuper le domaine ne doit pas être résolue sur le fondement de la notion juridique de commande publique. Une telle démarche présente une source d'insécurité juridique.

Une solution réside dans le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence tel que défini préalablement. Étant le principe initial qui justifie l'existence des procédures de passation²²⁸⁸, il est le seul principe de la commande publique susceptible de légitimer l'existence d'obligations procédurales dans la délivrance des titres d'occupation. À cet égard, ni l'égalité de traitement, ni la transparence des procédures ne peuvent justifier de telles obligations.

²²⁸⁰ E. FATÔME, L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le droit commun de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003, p. 2350.

²²⁸¹ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Commande publique et contrats publics : question de mots et de fond », *Contrats et marchés publ.* 2011, repère 2.

²²⁸² G. CLAMOUR, art. préc.

²²⁸³ C. BARDON et Y. SIMONNET, art. préc.

²²⁸⁴ F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 7.

²²⁸⁵ P. DELVOLVÉ, « Les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079.

²²⁸⁶ G. ECKERT, art. préc., p. 66.

²²⁸⁷ L. TALLET-PREUD'HOMME, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2014, p. 23.

²²⁸⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

Leurs fonctions, effectives uniquement lorsque la liberté d'accès produit ses effets, sont d'organiser la mise en concurrence, et non d'en justifier l'existence²²⁸⁹.

Appartenant au premier temps de la commande publique, la liberté d'accès poursuit un objectif à dimension économique²²⁹⁰. En permettant l'accès à une mise en concurrence lorsque l'autorité adjudicatrice externalise ou confie une activité économique, elle garantit l'ouverture du marché à la concurrence et assure son bon fonctionnement²²⁹¹. Il est acquis que la liberté d'accès produit ses effets lorsque l'autorité adjudicatrice est dans une situation de demande, lorsqu'elle effectue une « commande publique ». La question se pose de l'applicabilité de ce principe lorsque l'administration, à l'inverse, offre un avantage économique sur le marché. Dans ce cadre, l'administration propose aux opérateurs économiques des moyens d'exercer leurs activités²²⁹². Si plusieurs opérateurs économiques sont susceptibles d'être intéressés par cette offre, et en compétition pour l'acquérir, l'offre de l'autorité adjudicatrice peut perturber le fonctionnement normal du marché. Ainsi, l'octroi de cet avantage économique influence le jeu de la concurrence. Or, la liberté d'accès a pour fonction de garantir le fonctionnement normal du marché en assurant l'accès des opérateurs économiques à une compétition dont la finalité est l'acquisition d'une activité économique. Par conséquent, il est possible d'affirmer que la liberté d'accès s'applique dès lors qu'est mise sur le marché une activité économique susceptible d'intéresser plusieurs opérateurs économiques, que l'autorité adjudicatrice soit dans une démarche d'offre ou de demande. Dans ce cadre, la liberté assure pleinement sa fonction d'accès aux activités économiques. Or, il est acquis que le domaine des personnes publiques est souvent le support d'une activité économique. Ainsi, « *les titres d'occupation domaniale constituent un véritable droit d'accès à un marché pour un opérateur économique* »²²⁹³. Par conséquent, si l'accès à cette activité intéresse une pluralité d'opérateurs économiques, le maître du domaine doit respecter le principe de liberté d'accès, afin d'ouvrir le marché à la concurrence.

Partant, il convient de préciser les critères d'applicabilité du principe de liberté d'accès aux autorisations d'occupation domaniale. D'une part, le domaine doit être le support d'une activité économique, puisque cet élément est une des conditions d'applicabilité de la liberté.

²²⁸⁹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²²⁹⁰ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

²²⁹¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

²²⁹² A. LOUVARIS, « La dénomination des contrats publics d'affaire », *AJCA* 2015, p. 152.

²²⁹³ G. HOUILLON, art. préc., p. 225.

D'autre part, cette activité doit être susceptible d'intéresser plusieurs opérateurs économiques. Enfin, l'offre portant sur l'activité économique doit influencer le fonctionnement normal du marché. Ainsi, *« le critère de la mise en concurrence ne réside pas dans la nature du contrat liant la personne publique à l'entreprise, mais dans les conséquences que cette relation peut avoir sur le fonctionnement du marché. Si l'octroi sans publicité préalable a pour effet de fausser le jeu de la concurrence, il doit être regardé comme irrégulier »*²²⁹⁴. Toutefois, l'applicabilité de la liberté d'accès doit avoir un sens. Par exemple, elle n'a pas lieu d'être lorsque l'occupation du domaine est le prolongement de la location ou de la propriété d'une dépendance appartenant à une personne privée. L'exemple probant est celui de *« l'autorisation délivrée à un cafetier pour installer quelques chaises sur le trottoir devant son café »*²²⁹⁵. En d'autres termes, l'accès à la mise en concurrence n'a pas lieu d'être sollicitée quand l'occupation ne trouble pas le jeu de la concurrence, *« ce qui serait normalement le cas lorsque les possibilités d'occupation du domaine sont supérieures au nombre de concurrents sur le marché ou encore que cette occupation n'est pas susceptible d'intéresser plusieurs demandeurs »*²²⁹⁶. Dans ces cas, le principe doit rester la conclusion du contrat de gérance.

Ainsi, il existe un principe général de liberté d'accès, qui s'applique dans les cas où l'autorisation d'occuper le domaine est le support d'une activité économique. Par conséquent, sous réserve de l'existence d'une activité économique, la liberté d'accès produit ses effets aussi bien lorsque l'utilisation du domaine est faite dans un but d'intérêt privé, ou dans un but d'intérêt général²²⁹⁷. Dans ce dernier cas, l'application de la liberté d'accès est d'autant plus légitime que l'occupation du domaine est un moyen de satisfaire l'intérêt général, donc un besoin de la personne publique. Les contrats concernés sont essentiellement le bail emphytéotique administratif²²⁹⁸, le bail emphytéotique administratif logement social²²⁹⁹, et

²²⁹⁴ J. SORIN, art. préc.

²²⁹⁵ Ch. MAUGÜÉ et G. BACHELIER, art. préc., p. 1084.

²²⁹⁶ Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 574.

²²⁹⁷ G. BERTHON, « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA* 2009, p. 483.

²²⁹⁸ Art. L1311-2 du Code général des collectivités territoriales : *« un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence »*.

²²⁹⁹ Art. 7 de la Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JORF* n°0041 du 18 février 2009 p. 2841.

l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels²³⁰⁰. Les contrats permettant de valoriser le domaine des personnes publiques, tel que le bail emphytéotique administratif dit de valorisation²³⁰¹, entrent également dans cette logique de satisfaction d'un besoin de la personne publique²³⁰². À ce titre, pour les contrats n'ayant pas pour seul objet l'occupation du domaine, « *la directive 2014/23 est susceptible d'entraîner la qualification comme concession de service d'un certain nombre de contrat qui impose des obligations d'intérêt général qui permettent de décider qu'il y a prestation et gestion de service* »²³⁰³. Tel est par exemple le cas des contrats relatifs à l'affichage publicitaire²³⁰⁴, car dans ce cadre, tout en étant offreuse sur le marché, l'administration obtient un service. Il convient, à présent, d'analyser ce qu'implique le principe de liberté d'accès, puis ceux d'égalité et de transparence, dans la délivrance des titres d'occupation domaniale.

II : Les implications de la liberté d'accès sur le régime des conventions d'occupation du domaine des personnes publiques.

De la liberté d'accès à la mise en concurrence découlent plusieurs obligations spécifiques à la charge de l'autorité adjudicatrice²³⁰⁵. Le nombre et la teneur de ces obligations dépendent de la nature du contrat envisagé ainsi que de son montant. S'agissant des contrats portant occupation du domaine des personnes publiques, à l'inverse des marchés publics, les implications de la liberté d'accès doivent demeurer minimales, ces contrats n'ayant pas pour objet exclusif de répondre aux besoins de la personne publique. Dans tous les cas, l'autorité adjudicatrice doit informer les opérateurs économiques potentiels susceptibles d'être intéressés de l'existence d'une mise à disposition du domaine. En effet, la publicité horizontale, c'est-à-dire dans l'espace, est le premier moyen permettant de susciter la

²³⁰⁰ Art. L1311-5 du Code général des collectivités territoriales : « *les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* ».

²³⁰¹ Art. 11 de la Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2010 p. 13650 – Art. L2341-1.-I. du Code général des propriétés des personnes publiques : « *un bien immobilier appartenant à l'Etat ou à un établissement public mentionné au onzième alinéa de l'article L. 710-1 du code de commerce, au premier alinéa de l'article 5-1 du code de l'artisanat ou à l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du même code, en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur. Ce bail est dénommé bail emphytéotique administratif* ».

²³⁰² E. FATÔME, art. préc., p. 2475 : « *ce nouveau BEA, que par commodité nous qualifierons de BEA de valorisation, correspond incontestablement à un besoin* ».

²³⁰³ L. RICHER, *op. cit.*

²³⁰⁴ H. HOEPFFNER, « L'affichage publicitaire et la commande publique : de quelques problèmes de frontières », *AJDA* 2015, p. 1107.

²³⁰⁵ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

concurrence entre opérateurs économiques. Les modalités de publicité peuvent être calquées sur celles applicables aux marchés à procédure adaptée dont le montant est inférieur à 90 000 euros. Le maître du domaine doit prendre en compte le nombre ou la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre à l'offre de prestation²³⁰⁶. La liberté d'accès impose également que les critères de sélection des candidatures n'entravent pas injustement l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence²³⁰⁷. Ils reposent essentiellement dans la capacité du futur contractant à exercer son activité dans l'intérêt du domaine.

L'égalité de traitement, principe intervenant lors du deuxième temps de la commande publique²³⁰⁸, doit également faire l'objet d'une application minimale. La personne publique, tout en respectant un tel principe²³⁰⁹, doit demeurer libre dans la conduite de la mise en concurrence et de la négociation²³¹⁰, et doit pouvoir choisir en toute liberté son futur cocontractant. La gestion du domaine demeure un pouvoir de police administrative, le maître du domaine doit donc disposer du pouvoir de choisir librement le futur occupant. Ainsi, la mise en concurrence ne doit pas « *restreindre le pouvoir du gestionnaire du domaine de choisir le bénéficiaire de sa décision. Il lui appartient, après avoir fait jouer la concurrence, de choisir la formule qui lui paraît la meilleure dans l'intérêt du domaine* »²³¹¹, sans que le juge « *estime qu'il y ait lieu de retenir une atteinte à l'égalité de traitement* »²³¹². Cette logique reste conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, qui fait découler du principe de non-discrimination une obligation de transparence qui implique seulement « *un degré de publicité adéquat* »²³¹³. La mise en concurrence ne doit donc pas limiter la part de subjectivité dans le choix du cocontractant. Dans ce cadre, la passation des autorisations d'occuper les dépendances domaniales se rapproche des procédures de passation des délégations de service public, tout en laissant une plus grande marge de manœuvre au maître du domaine. Cela permet ainsi « *de concilier la protection du marché et des ressources publiques sans porter une atteinte excessive à la nécessaire souplesse de la gestion administrative* »²³¹⁴.

²³⁰⁶ Art. 28 du Code des marchés publics.

²³⁰⁷ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²³⁰⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²³⁰⁹ A. MÉNÉMÉNIS, art. préc., p. 128.

²³¹⁰ Si le maître du domaine décide de procéder à une négociation.

²³¹¹ CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 380.

²³¹² *Idem.*

²³¹³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

²³¹⁴ G. ECKERT, art. préc., p. 68.

S'agissant de la transparence, elle assure des fonctions d'intelligibilité et de vérification de l'impartialité de la procédure. Le maître du domaine doit donc indiquer certains éléments dans la publicité initiale afin que la mise en concurrence ne se réalise pas dans une totale opacité. Les éléments essentiels du contrat doivent être communiqués aux opérateurs économiques dès le lancement de la procédure²³¹⁵. Il en est de même des critères de sélection des candidatures, qui sont susceptibles de conditionner l'acte de candidature des candidats potentiels, donc d'avoir une influence sur la qualité de la concurrence. Certains auteurs affirment que les critères de sélection des offres doivent également être préalablement connus des candidats, avant la sélection des offres. Alain Ménéménis²³¹⁶ préconise ainsi l'indication de la méthode et des critères au regard desquels les personnes publiques entendent sélectionner leurs futurs cocontractants. L'hypothèse inverse semble plus pertinente. Pour laisser une marge de manœuvre suffisante au maître du domaine dans la conduite de la procédure, les critères de sélection des offres ne doivent pas être nécessairement connus des candidats. En effet, lorsque l'information sur les critères d'attribution est communiquée préalablement au choix des offres, la personne publique est tenue de s'y conformer²³¹⁷. Par conséquent, elle ne dispose plus totalement d'une liberté dans le choix de son futur cocontractant.

Une interrogation subsiste sur la nature des autorisations devant être soumises à ces obligations minimales de publicité et de mise en concurrence. En d'autres termes, la question se pose de l'applicabilité du principe de liberté d'accès à l'ensemble des autorisations d'occupation domaniale, ou seulement aux conventions d'occupation du domaine, ce qui exclut les autorisations unilatérales. Un parallèle peut être fait avec les délégations de service public, qui peuvent être confiées au délégant par un contrat ou une autorisation unilatérale. La conclusion des délégations unilatérales de service public n'est pas soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence²³¹⁸. C'est pourquoi un opérateur économique n'est pas recevable à introduire un référé précontractuel pour contester l'absence d'une procédure de

²³¹⁵ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

²³¹⁶ A. MENÉMÉNIS, art. préc., p. 128.

²³¹⁷ Cette affirmation se fonde sur la jurisprudence récente du Conseil d'État en matière de délégation de service public. Lorsque l'autorité délégante publie de sa propre initiative les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution, elle est tenue de s'y conformer, puisqu'elle ne peut les modifier sans avoir la possibilité d'informer en temps utile les candidats : CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

²³¹⁸ CE, avis, 9 mars 1995, n° 356931, *EDCE* 1996, n° 47, p. 399 – CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux*, n° 249832, *Rec. T.* p. 551 ; *Dr. adm.* 2004, comm. 141, concl. E. Glaser ; *BJCP* 2004. 464, concl. E. Glaser, obs. C. M. – CE, 25 juillet 2008, *Fédération nationale de l'aviation marchande*, n° 290728, *Rec. T.* p. 587.

passation²³¹⁹. *A priori*, il devrait en être de même s'agissant des autorisations unilatérales d'occupation du domaine des personnes publiques. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice laisse subsister un doute sur cette question. Dans une décision *The Sporting Exchange Ltd.* du 3 juin 2010²³²⁰, la Cour soumet la délivrance d'un agrément unilatéral aux principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Cette jurisprudence démontre que le droit de l'Union n'attache pas d'importance à l'instrument et aux moyens utilisés par l'autorité adjudicatrice, mais se focalise sur les effets de la dévolution d'activités économiques sur le marché commun. Par conséquent, « *il n'y aurait pas lieu de distinguer à cet égard selon que le titre en cause est unilatéral ou conventionnel, pas davantage selon qu'il porte sur le domaine privé ou sur le domaine public* »²³²¹. Dans cette logique, l'ensemble des autorisations unilatérales et conventionnelles doit faire l'objet d'une procédure de passation. Une évolution peut être attendue en ce sens.

La détermination des fonctions propres du principe de liberté d'accès permet d'étendre son champ d'application à la conclusion des autorisations d'occupation domaniale. La même logique doit s'appliquer aux contrats de droit privé de la commande publique, dont les textes ne prévoient pas des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence.

Paragraphe 2 : L'intégration des fonctions du principe de liberté d'accès dans la jurisprudence du juge judiciaire.

Le contentieux du droit de la commande publique n'est pas l'apanage du juge administratif, le juge judiciaire ayant également à connaître du contentieux d'une partie des marchés publics. D'une part, avant la loi *MURCEF*²³²² qui donne compétence au juge administratif pour le contentieux des marchés publics soumis au Code des marchés publics, le juge judiciaire avait à connaître des marchés publics de droit privé. D'autre part, en droit interne, un ensemble de personnes morales qualifiées de droit privé relèvent de la

²³¹⁹ CE, 13 juillet 2007, *Commune de Rosny-sous-Bois*, n° 299207, *Rec. T.* p. 934 ; *Dr. adm.* 2007, comm. 11, obs. A. Ménéménis; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 282, obs. J.-P. Piétri.

²³²⁰ CJUE, 3 juin 2010, *The Sporting Exchange Ltd.*, aff. C-203/08, *Rec.* p. I-04695 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, Repère 11, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux. Cette décision est confirmée par la suite : CJUE, 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, *Rec.* p. I-08219 ; *RTD eur.* 2011. 423, obs. A. Lawrence Durviaux.

²³²¹ Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 574.

²³²² Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF* du 12 décembre 2001, p. 19703.

qualification très large de pouvoir adjudicateur²³²³ au sens du droit de l'Union européenne, du fait notamment d'une certaine dépendance matérielle ou financière à l'État ou à une collectivité territoriale. Ainsi, sans avoir le caractère de contrat administratif en l'absence d'un critère organique, ces contrats de droit privé entrent dans la catégorie des contrats de la commande publique²³²⁴ soumis aux directives de l'Union européenne. Il s'agit principalement des contrats de droit privé²³²⁵ relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005²³²⁶ et du décret du 20 octobre 2005²³²⁷, mais aussi des marchés publics des organismes de sécurité sociale de l'article L124-4 du Code de la sécurité sociale²³²⁸, lorsque l'organisme en cause est de droit privé²³²⁹. Par conséquent, il se construit peu à peu une jurisprudence judiciaire de la commande publique²³³⁰.

²³²³ Article 1^{er}-9 de la directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* p. L-134/14 : « sont considérés comme «pouvoirs adjudicateurs» : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ». La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, dans son article 2, reprend cette définition – Art. 10 de l'ordonnance relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, préc. : « les pouvoirs adjudicateurs sont : 1° Les personnes morales de droit public ; 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun » – L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 390 : « la catégorie des pouvoirs adjudicateurs englobe l'Etat, les collectivités locales et les organismes qui leur sont rattachés, mais aussi les « organismes de droit public », lesquels ne sont pas assimilables aux personnes morales de droit public du droit français ». Voir également, pour une définition complète de la notion de pouvoir adjudicateur : M. KARPENSCHIF, « Définition du pouvoir adjudicateur par la CJCE », *AJDA* 2004, p. 526.

²³²⁴ Pour une démonstration du caractère de « commande publique » de ces contrats de droit privé, voir M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.

²³²⁵ Il est à noter que les contrats administratifs relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005 sont de la compétence du juge administratif.

²³²⁶ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* du 7 juin 2005, p. 10014.

²³²⁷ Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°247 du 22 octobre 2005 p. 16752.

²³²⁸ Art. L124-4 du Code de la sécurité sociale : « les travaux, les fournitures, les prestations intellectuelles et les services pour le compte des organismes de droit privé jouissant de la personnalité civile assurant en tout ou partie la gestion d'un régime légalement obligatoire d'assurance contre la maladie, la maternité, la vieillesse, l'invalidité, le décès, le veuvage, les accidents du travail et les maladies professionnelles ou de prestations familiales, ainsi que des unions ou fédérations desdits organismes, font l'objet de marchés dont le mode de passation et les conditions d'exécution respectent les garanties prévues en matière de marchés de l'Etat. Les dispositions du premier alinéa sont également applicables aux groupements d'intérêt public et aux groupements d'intérêt économique financés majoritairement par un ou plusieurs organismes mentionnés au premier alinéa, ou par un ou plusieurs organismes nationaux cités à l'article L. 200-2 ».

²³²⁹ TC, 15 mars 2010, Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse et autres c/ Société otis, Société Schoeller Atelier et autres, n° C3725.

²³³⁰ M. UBAUD-BERGERON, art. préc., p. 531.

Face à cette dualité des juridictions compétentes en matière de commande publique, se pose la question de l'homogénéité des solutions jurisprudentielles dégagées par les deux ordres de juridiction. C'est pourquoi l'étude de la jurisprudence du juge judiciaire est intéressante, bien que « *le contentieux judiciaire de la commande publique a, jusqu'à présent, fait l'objet d'un intérêt distancié, sans doute parce que la doctrine publiciste n'y voit qu'un succédané du contentieux des marchés publics, tandis que la doctrine privatiste le considère comme relevant in fine du droit public* »²³³¹. L'analyse de l'ensemble des jurisprudences administratives et judiciaires demeure importante, car de manière générale « *le dialogue de la Cour de cassation et du Conseil d'État demeure un enjeu majeur pour un système juridique reposant sur une authentique dualité des juridictions compétentes et des droits applicables* »²³³². En droit de la commande publique, la tendance est globalement à la convergence des solutions adoptées par les deux ordres de juridiction (A). Toutefois, subsistent des différences fondées sur l'interprétation divergente de la dynamique des principes de la commande publique qu'adoptent la Cour de cassation et le Conseil d'État. À cet égard, la définition des fonctions propres des principes, notamment celui de liberté d'accès à la mise en concurrence, doit être un vecteur d'homogénéisation entre les jurisprudences des juges internes (B).

A : La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire

L'analyse des jurisprudences des juges administratif et judiciaire en matière de commande publique révèle que les solutions dégagées par les deux ordres de juridictions sont essentiellement convergentes. Selon Frédéric Dieu, « *cette interprétation identique a bien entendu une explication immédiate : les textes en question sont souvent identiques, ayant une origine commune dans les textes issus du droit de l'Union* »²³³³. Les deux juges, de manière générale, adoptent une jurisprudence convergente sur les implications des principes de liberté d'accès (I), d'égalité de traitement et de transparence (II).

²³³¹ *Idem.*

²³³² B. PLESSIX, note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2013, *Société L'Alleixoise*, n° 11-27.837, *RFDA* 2013, p. 541.

²³³³ F. DIEU, « Les juges de cassation et les référés de la commande publique : aspect d'une convergence », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 3.

I : Une convergence sur les implications de la liberté d'accès.

S'agissant du déroulement des procédures de passation, le juge judiciaire adopte une interprétation des textes globalement identique à celle du Conseil d'État. Il veille d'abord à ce que l'autorité adjudicatrice respecte son obligation de détermination préalable des besoins, afin de permettre aux soumissionnaires « *d'apprécier leur capacité à y répondre, soit qu'ils disposent des moyens nécessaires, soit qu'ils soient appelés à les constituer ou réunir, de déterminer le prix* »²³³⁴. La publicité effectuée par l'autorité adjudicatrice est également contrôlée par le juge judiciaire, et sanctionnée en cas de non-respect des textes²³³⁵. Sur le contrôle des capacités professionnelles, techniques et financières des opérateurs économiques, les juges internes exercent tous deux un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²³³⁶, et obligent l'autorité adjudicatrice à procéder à une analyse globale du dossier de candidature²³³⁷. À cet égard, la Cour de cassation indique que « *la commission d'appel d'offres ne peut se fonder sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de son aptitude à réaliser le marché* »²³³⁸. Ainsi, elle réceptionne une solution dégagée par le juge administratif interdisant le rejet d'une candidature exclusivement fondé sur l'existence d'une expérience antérieure fâcheuse avec le candidat²³³⁹. La Cour veille également à l'accès à la mise en concurrence des entreprises de créations récentes, en permettant à l'entreprise de prouver sa capacité par tout moyen, même si les documents de la consultation ne l'indiquent pas²³⁴⁰. Cette convergence des jurisprudences se retrouve également dans l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

²³³⁴ TGI Paris, 26 mars 2008, *Société Neuf Cegetel c/ La Poste*, n° 08/51838.

²³³⁵ TGI Paris, 9 juillet 2003, *Société Solystic SAS*, n° 03/57011 ; *BJCP* n° 31, p. 452 – CA Paris, 25 octobre 2007, *SAS ETDE c/ Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile de France*, n° 05/02543 – TC Paris, Ord. 12 mars 2008, *Société Appia*, n° 2008011757.

²³³⁶ Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-17.890 – CE, 13 octobre 1993, *Commune de Mées c/ Société Someco*, n° 142080 ; *RDI*. 1994, p. 47, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 17 septembre 2014, *Société Delta Process*, n° 378722 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 292, note G. Eckert.

²³³⁷ Cass. Com., 4 octobre 2011, *Société HLM Coutances Granville*, n° 10-26.702 – CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, n° 324153 ; *Rec. T.* p. 831 ; *BJCP* 2009, n° 66, p. 374, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 271, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2009, comm. 112, note A. Ruellan ; *RDI* 2009. 472, note R. Noguellou.

²³³⁸ *Idem*.

²³³⁹ CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, préc. – CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la défense c/ Société Multi travaux Guyane*, n° 341132, *Rec. T.* p. 885 ; *Contrats et marchés publ.* 2011. comm. 27, note F. Llorens ; *AJDA* 2011. 1348, note L. Moreau ; *Dr. adm.* 2011, comm. 8, note Coronat ; *JCP A* 2011, 2028 – CE, 24 novembre 2010, *Commune de Ramatuelle*, n° 335703, *Rec. p.* 451 ; *BJCP* 2011, p. 74, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 23, note G. Eckert.

²³⁴⁰ Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-178.90 – CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n° 356455 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 211, note W. Zimmer.

II : Une convergence sur les implications des principes d'égalité et de transparence.

S'agissant des conditions de la consultation, le juge judiciaire fait une application similaire à celle du Conseil d'État concernant les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Comme le souligne Marion Ubaud-Bergeron²³⁴¹, le juge judiciaire vérifie d'une part, que le périmètre de la négociation a été clairement défini par le pouvoir adjudicateur²³⁴², d'autre part, que les candidats se sont vus communiquer toutes les informations déterminantes²³⁴³. En outre, en cas de modifications substantielles apportées aux conditions et documents de la consultation, l'autorité adjudicatrice doit laisser à l'ensemble des entreprises candidates un délai suffisant pour remettre des offres²³⁴⁴. Si le délai est prorogé, l'ensemble des candidats doit en être informé dans des conditions d'égalité²³⁴⁵. En revanche, le pouvoir adjudicateur est en mesure de refuser la demande de prorogation du délai de remise des offres s'il a pour effet de méconnaître le principe d'égalité entre les candidats²³⁴⁶. De manière générale, le juge judiciaire applique le principe d'égalité des candidats pendant toute la procédure de passation²³⁴⁷.

La jurisprudence du juge judiciaire sur la sélection des offres est équivalente à celle du Conseil d'État. Conformément aux jurisprudences administrative et européenne²³⁴⁸, la Cour de cassation confirme que les offres doivent être vérifiées uniquement par rapport aux critères de sélection des offres, et non au moyen des critères de sélection des candidatures²³⁴⁹. Elle respecte ainsi la règle selon laquelle la phase de sélection des candidatures doit être distincte et surtout préalable à celle d'évaluation des offres²³⁵⁰. En outre, l'autorité adjudicatrice, afin de

²³⁴¹ M. UBAUD-BERGERON, art. préc.

²³⁴² TGI Lyon, 23 janvier 2012, *SA Smac c/ SCI SEPR*, n° 11-03324 ; *Contrats et marché publ.* 2012, comm. 183, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²³⁴³ Cass. Com., 24 juin 2008, *SNCF c/ Société SFR*, n° 08-12.325.

²³⁴⁴ Cass. Com., 8 décembre 2009, *ADP c/ Société Conrac*, n° 08-21.714.

²³⁴⁵ TGI Paris, 28 février 2013, *SAS Assmann Telecom c/ SNCF*, n° 12/02753.

²³⁴⁶ TGI Paris, Ord. 9 février 2010, *SAS 01DB-METRAVIB c/ Association BRUITPARIF*, n° 10/51306.

²³⁴⁷ TGI Besançon, Ord., 5 novembre 2008, *Société Sacedara Software*, n° 06/00297.

²³⁴⁸ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²³⁴⁹ Cass. Com., 15 novembre 2011, *Société d'HLM Halpades c/ Société Oliva*, n° 10-25.654.

²³⁵⁰ CE, 4 mars 2011, *Région réunion*, n° 344197, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 76, p. 196, concl. N. Boulouis : « considérant que les dispositions citées ci-dessus distinguent la phase de sélection des candidatures à un marché public, au cours de laquelle elles permettent au pouvoir adjudicateur, avant l'examen des candidatures, et dans les conditions fixées au I de l'article 52 du code des marchés publics, de demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature, de la phase d'attribution du marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, après élimination, notamment, en application du III de l'article 53, des offres que leur teneur, incomplète, rend irrégulières » – CE, 11 avril 2014, *Ministre de la Défense*, n° 375245 ; *AJDA* 2014. 827 ; *BJCP* 2014. 341, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 171, note W.

respecter le principe de transparence, doit communiquer les éléments essentiels aux candidats pour élaborer une offre, notamment les informations relatives à la masse salariale²³⁵¹. Afin de garantir le respect du principe d'égalité des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à des critères de sélection des offres imprécis ou inadaptés à l'objet du marché²³⁵², ou non énoncés à l'avance dans les documents de consultation²³⁵³. Par ailleurs, ne peut être choisie qu'une offre communiquée dans le délai de réception des offres, sous peine de porter atteinte à l'égalité entre les candidats²³⁵⁴. S'agissant du rejet des offres, l'autorité adjudicatrice a l'obligation de communiquer aux candidats évincés les motifs de sa décision, et ce afin de respecter le principe de transparence des procédures²³⁵⁵.

L'analyse des jurisprudences administrative et judiciaire démontre ainsi qu'il existe une convergence certaine entre les deux ordres de juridiction, la première influençant fortement la seconde. En témoigne la décision de la Cour de cassation du 23 octobre 2012, *Société Dalkia France*²³⁵⁶, qui reprend mot pour mot le considérant de principe de la jurisprudence *SMIRGEOMES*²³⁵⁷. Les divergences sur l'interprétation des textes résultent en grande majorité d'une différence dans la rédaction des règles applicables à la passation²³⁵⁸. Ainsi, à

Zimmer ; Dr. adm. 2014, comm. 44, note F. Brenet – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n° 384014 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 6, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 42, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *AJCT* 2015, comm. 162, obs. S. Dyens.

²³⁵¹ Cass. Com., 10 décembre 2013, n° 12-258.08.

²³⁵² TGI Nancy, 2 novembre 2010, *SA Bancel c/ SA d'HLM ICF nord-est*, n° 10/00525 – TGI Paris, Ord. 9 janvier 2012, *SARL Varian Medical System c/ CEA*, n° 11/59893.

²³⁵³ TGI Nancy, 8 juin 2000, *SIVP c/ CPAM du Haut-Rhin*, n° 10/00269.

²³⁵⁴ TGI Paris, Ord., 5 octobre 2012, *SAS Johnson Controls Service c/ CPAM de la Seine Saint-Denis*, n° 12/56791.

²³⁵⁵ TGI Nancy, 2 novembre 2010, *SA Bancel c/ SA d'HLM ICF nord-est*, préc.

²³⁵⁶ Cass. Com., 23 octobre 2012, *Société Dalkia France*, n° 11-23.521, *Bull. civ.* 2012, IV, n° 194 ; *AJDA* 2012. 2199 ; *D.* 2012. 2609 ; *RDI* 2013. 214, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

²³⁵⁷ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Rec.* p. 324, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A* 2008, comm. 2262, note F. Linditch ; *RJEP* 2009, comm. 8, note F. Brenet ; *RFDA* 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP* 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA* 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *AJDA* 2008, p. 2374, note P. Cassia ; *LPA* 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul ; *BJCP* 2008, p. 394, chron. Th. Dal Farra ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri.

²³⁵⁸ C'est le cas par exemple en matière d'allotissement. Concernant les marchés publics passés en application du Code des marchés publics, le Conseil d'État exige que les offres présentées par les candidats soient examinées lot par lot (CE, 23 novembre 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 6, note F. Olivier). Or, la Cour de cassation permet à l'autorité adjudicatrice de procéder à une appréciation combinée des offres à différents lots d'une mise en concurrence (Cass. Com., 24 juin 2008, *Société SFR c/ SNCF*, n° 08-12.325 ; *Bull. civ.* 2008, IV, n° 130). Cette divergence est logique, les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret du 30 décembre 2005 ne comportant aucune disposition semblable à celle de l'article 10 du Code des marchés publics relatif au principe de l'allotissement. Par conséquent, pour les autorités adjudicatrices soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005, il n'y a aucune obligation d'allotir le marché (CE, 23 décembre 2011, *Établissement public d'aménagement Euroméditerranée*, n° 351505, *Rec.* p. 672 ;

l'instar du contenu des textes, « *les mêmes principes généraux servent de guide à l'interprétation de ces dispositions par le juge judiciaire comme par le juge administratif* »²³⁵⁹. Les jurisprudences internes ne sont cependant pas totalement homogènes, la Cour de cassation adoptant une interprétation restrictive du champ d'application du principe de liberté d'accès à la commande publique.

B : La divergence sur le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

Le juge judiciaire adopte une conception restrictive de la liberté d'accès à la commande publique qui tranche avec celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'État (I). En occultant les fonctions supplétives du principe, le juge judiciaire adopte une position jurisprudentielle discutable (II).

I : Une conception restrictive du juge judiciaire.

La conception restrictive du juge judiciaire s'agissant de la liberté d'accès s'analyse dans les décisions récentes de la Cour de cassation relatives à la passation des marchés de services non prioritaires soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005²³⁶⁰. Conformément à la législation de l'Union européenne qui n'exige pas de procédure particulière²³⁶¹, l'article 9 du décret du 30 décembre 2005 dispose que « *ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur* »²³⁶². En effet, ce type de services n'entre pas dans la liste énumérée à l'article 8 du décret précité pour lesquels « *sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre, les marchés de services énumérés ci-dessous* »²³⁶³. Cette liberté contractuelle doit cependant être relativisée, l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 disposant que « *les marchés et les accords-cadres soumis à la*

Contrats et marchés publ. 2012, comm. 41, obs. W. Zimmer). Il est à noter qu'avec la nouvelle ordonnance sur les marchés publics du 23 juillet 2015 (préc.), l'allotissement devient obligatoire pour tous les marchés soumis à l'ordonnance, y compris ceux des personnes qui relevaient jusque là de l'ordonnance du 6 juin 2005.

²³⁵⁹ J. MARTIN, « Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées, Contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire », in *À propos des contrats des personnes publics, Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 185.

²³⁶⁰ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 préc.

²³⁶¹ Annexe IB de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* p. 0114 – 0240.

²³⁶² Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 préc.

²³⁶³ Article 8 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 préc.

présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »²³⁶⁴. Il peut être déduit de cet article que les marchés publics entrant dans le champ d'application de l'ordonnance respectent les principes de la commande publique, y compris ceux qui ne sont pas soumis à une procédure particulière. C'est la conception retenue par le Conseil d'État s'agissant des marchés passés en application du Code sans formalités préalables²³⁶⁵. De plus, « *l'expression « selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur* » (...) renvoie inmanquablement aux procédures de passation dites adaptées et, en tout état de cause, à la nécessité de respecter les principes fondamentaux de la commande publique qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs »²³⁶⁶. Plus précisément, la fonction supplétive de la liberté d'accès impose à l'autorité adjudicatrice le respect d'une procédure de passation minimale librement déterminée par l'autorité adjudicatrice permettant aux opérateurs économiques d'accéder à une mise en concurrence afin d'obtenir le marché²³⁶⁷, alors même que les textes ne prévoient aucune procédure spécifique.

Ce n'est pas la conception retenue par la Cour de cassation dans une décision du 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*²³⁶⁸. Il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat conclu entre le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) d'un centre hospitalier et un cabinet d'experts, ayant pour objet de confier une expertise pour l'éclairer sur l'état des risques, les facteurs de causalité qui s'expriment dans les situations de travail et l'aider à l'élaboration des préconisations en la matière. Au contentieux, le centre hospitalier, dont fait parti le CHSCT, soutenait que le contrat devait être soumis au respect des règles contenues dans l'ordonnance du 6 juin 2005, bien que le service en question ne fasse pas partie de ceux énumérés à l'article 8 du décret d'application du 30 décembre 2005. Malgré une soumission évidente du marché à l'ordonnance du 6 juin 2005²³⁶⁹, la Cour juge que « *la décision de recourir à un expert, prise par le CHSCT (...) n'est pas au nombre des marchés de service énumérés limitativement par l'article 8 du décret n° 2005-1742 du 30*

²³⁶⁴ Article 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 préc.

²³⁶⁵ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

²³⁶⁶ W. ZIMMER, note sous Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors, Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 101.

²³⁶⁷ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

²³⁶⁸ Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*, préc.

²³⁶⁹ Pour une démonstration à ce sujet, voir F. LINDITCH, « rappel de la jurisprudence de la cour de cassation sur le « CHSCT » », *Contrats et marchés publ.* 2013, alerte 20 – W. ZIMMER, note préc. – M. UBAUD-BERGERON, art. préc.

décembre 2005 portant application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ; qu'il en résulte que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les modalités de désignation de l'expert par le CHSCT répondaient à des règles particulières de la commande publique ». Ce raisonnement, qui « peut heurter le praticien de la commande publique »²³⁷⁰, tranche nettement avec la solution adoptée par le Conseil d'État pour le même type de marchés, dans laquelle il avait enjoint les pouvoirs adjudicateurs à respecter les principes fondamentaux de la commande publique et ce malgré l'absence de dispositions précises de passation²³⁷¹. Reprenant une jurisprudence antérieure sur des faits similaires²³⁷², la Cour de cassation confirme la décision du 16 janvier 2013²³⁷³. Par conséquent, « face au silence du texte, le juge judiciaire va privilégier la méthode exégétique et ne pas imposer de règle que le législateur n'a pas prévu »²³⁷⁴, ignorant ainsi la dynamique engagée par la jurisprudence du Conseil d'État.

II : Une conception discutable du juge judiciaire.

L'analyse de cette jurisprudence révèle que « dès lors qu'est en cause l'appréciation de la portée des principes fondamentaux, le juge judiciaire adopte une appréhension spécifique »²³⁷⁵. Cette position du juge judiciaire est discutable, car les principes fondamentaux de la commande publique ne sont pas « simplement des principes dont la portée est conditionnée par l'existence d'un texte, ils ont une portée autonome de nature à assurer leur effectivité, comme tout principe général du droit »²³⁷⁶. De plus, leur application

²³⁷⁰ W. ZIMMER, note préc.

²³⁷¹ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005, p. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006, p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch.

²³⁷² Cass. Soc., 14 décembre 2011, *APHP*, n° 10-20.378 : « mais attendu que la décision de recourir à un expert, prise par le CHSCT d'un établissement public en application de l'article L. 4614-12 du code du travail, n'est pas au nombre des marchés de service énumérés limitativement par l'article 8 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 portant application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ; Qu'il en résulte que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les modalités de désignation de l'expert par le CHSCT répondaient à des règles particulières de la commande publique ».

²³⁷³ Cass. Soc., 20 novembre 2013, n° 12-22.197, *Centre hospitalier universitaire André Benech*. À noter dans cette décision : la Cour de cassation ne reprend pas la formule « qu'il en résulte que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les modalités de désignation de l'expert (...) répondaient à des règles particulières de la commande publique ».

²³⁷⁴ J. MARTIN, art. préc., p. 186.

²³⁷⁵ M. UBAUD-BERGERON, art. préc.

²³⁷⁶ *Idem*.

transcende la nature publique ou privée de la personne qui passe le contrat tant que cette dernière entre dans la définition européenne de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. Or, « *la solution de la Cour de cassation ignore la logique des principes fondamentaux de la commande publique, qui ont vocation à produire leurs effets lorsque le texte spécial ne peut s'appliquer en raison du montant ou de l'objet du contrat* »²³⁷⁷. C'est pourquoi cette solution est critiquée par le discours doctrinal. Pour Florian Linditch, il est difficile de comprendre « *comment des prestations d'expertise en matière d'hygiène et de sécurité pourraient ne pas relever des besoins du pouvoir adjudicateur lui-même. L'indépendance dont jouissent les CHSCT n'empêche pas qu'ils constituent des organes du pouvoir adjudicateur. De plus, leurs préoccupations intéressent et impactent le pouvoir adjudicateur lui-même. Le droit des marchés publics devrait par conséquent s'appliquer quelle que soit la manière dont la gouvernance s'exprime au sein du pouvoir adjudicateur* »²³⁷⁸. Pour Willy Zimmer, « *tant ce droit à l'expertise que la nécessité de recourir à un cabinet agréé ne sauraient valoir dispense de mise en concurrence* »²³⁷⁹. La décision de la Cour de cassation paraît ainsi surprenante.

Toutefois, il est possible d'expliquer la position adoptée par les juges du quai de l'horloge. En l'état actuel du droit, aucun texte n'impose une procédure particulière pour la passation des marchés de services non prioritaires. En outre, la Cour de justice confirme que ces marchés ne sont soumis qu'aux seules dispositions de la directive relatives aux spécifications techniques et à l'obligation d'envoyer un avis d'attribution²³⁸⁰. Elle juge également que ces marchés n'ont pas à être soumis aux obligations de transparence du droit de l'Union, sauf s'ils présentent un intérêt transfrontalier certain²³⁸¹. Par conséquent, la Cour de cassation n'est pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur ce point.

La conception temporelle du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence plaide cependant en faveur d'une obligation minimale de publicité et de mise en concurrence pour l'ensemble des contrats de la commande publique pour lesquels les textes ne prévoient aucune formalité particulière. Les fonctions supplétives des principes de la commande publique, *a*

²³⁷⁷ *Idem.*

²³⁷⁸ F. LINDITCH, art. préc.

²³⁷⁹ W. ZIMMER, note préc.

²³⁸⁰ CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 3, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 2116 et 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 40, obs. R. Noguellou – CJCE, 18 novembre 2010, *Commission c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 6, note W. Zimmer.

²³⁸¹ *Idem.*

fortiori celle de liberté qui est le principe initial, sont reconnues tant par les juges européens²³⁸² qu'administratif²³⁸³. À partir du moment où le futur contrat est le support d'une activité économique et que sa conclusion est susceptible de perturber le fonctionnement normal du marché, la liberté d'accès exige l'existence d'une procédure de passation qui permet aux opérateurs économiques potentiellement intéressés d'avoir une chance de remporter le contrat²³⁸⁴. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice doit au minimum procéder à une publicité permettant de susciter la concurrence, et ne doit pas définir des conditions d'accès à la mise en concurrence qui entravent l'accès de certains candidats potentiels de manière injustifiée. Cette conception de la liberté d'accès à la mise en concurrence est applicable à l'ensemble des personnes morales entrant dans la catégorie des autorités adjudicatrices, que leur contrat soit de la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire. Dès lors, il est opportun que la Cour de cassation adopte une conception extensive de la dynamique du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

La définition propre des fonctions du principe de liberté d'accès permet d'étendre son champ d'application à certaines conventions dont la conclusion échappait jusqu'à présent au respect d'obligations minimales de publicité et de mise en concurrence. La conception temporelle des fonctions des principes permet également de préciser la manière dont ils s'articulent dans le régime du droit de la commande publique.

Section 2 : Des précisions sur l'articulation fonctionnelle des principes de la commande publique.

L'analyse du droit positif et du discours doctrinal rapporte qu'il existe une confusion de la portée propre à chaque principe²³⁸⁵. L'enchevêtrement actuel de leurs fonctions obscurcit la lisibilité du droit de la commande publique et des solutions jurisprudentielles, notamment lorsqu'est soulevé un point pour lequel il n'existe pas de règle de droit claire, ou lorsque deux logiques paradoxales se rencontrent. La conception temporelle des principes

²³⁸² CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

²³⁸³ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

²³⁸⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

²³⁸⁵ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

permet d'apporter une définition propre à chacun²³⁸⁶, et clarifie ainsi certaines incertitudes qui subsistaient jusqu'alors. La singularisation des principes débouche notamment sur une précision de leur articulation dans le régime de la commande publique.

L'intelligibilité de l'articulation des fonctions des principes permet de systématiser certaines règles de la commande publique jusqu'alors confuses : c'est le cas des dispositions relatives aux modifications précontractuelles, qui souffrent actuellement d'une certaine imprécision juridique (**Paragraphe 1**).

Elle permet également de mieux appréhender les évolutions qui animent le droit des contrats publics : c'est le cas de l'apparition de nouvelles politiques publiques qui pénètrent et bouleversent le droit de la commande publique. Depuis les années 2000, s'opère une croissance qui concerne deux domaines spécifiques des politiques publiques : l'environnement, et le développement local et social. Ces deux branches « *se sont récemment affirmés, en investissant des espaces d'action délaissés par le reflux d'une politique industrielle qui, avant l'accélération de l'intégration européenne et de la libération des échanges, était essentiellement négociée au niveau national avec de grands groupes industriels ou bancaires et les fédérations patronales* »²³⁸⁷. Cette intégration passe nécessairement par la recherche d'un équilibre entre ces « *politiques publiques ambitieuses* »²³⁸⁸ et le respect de l'intérêt général, qui se matérialise notamment par la prise en compte d'un « *certain nombre de principes de bonne gestion publique et de saine émulation : libre-concurrence, égalité de traitement, transparence, bonne utilisation des deniers publics* »²³⁸⁹. Du fait de l'impact certain de ces politiques publiques sur les objectifs traditionnels du droit de la commande publique, il convient d'appréhender la manière dont s'articulent les principes autour de cette intégration (**Paragraphe 2**).

²³⁸⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1.

²³⁸⁷ J.-P. GAUDIN, « La contractualisation des politiques et la nouvelle action publique », in *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, colloque organisé les 5 et 6 novembre 2004 à l'IEP d'Aix-en-Provence, sous la dir. de F. Luchaire, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, p. 23.

²³⁸⁸ S. BRACONNIER, « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », in *Performance et droit administratif*, Colloque organisé par le LERAD les 29 et 30 janvier 2009 à l'Université François-Rabelais de Tours, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2010, p. 155.

²³⁸⁹ *Idem*.

Paragraphe 1 : L'articulation fonctionnelle des principes dans l'élaboration d'un régime des modifications précontractuelles.

Le régime des modifications précontractuelles²³⁹⁰ fait l'objet de dispositions textuelles dispersées, de jurisprudences sporadiques et d'études éparses. En droit positif, il n'existe pas de texte ou de décision qui retrace de manière synthétique les règles applicables aux évolutions précontractuelles des contrats de la commande publique. À l'inverse du régime des avenants²³⁹¹, il n'est pas possible de trouver dans la littérature doctrinale une étude systématisant le régime des modifications intervenant avant la signature du contrat. Cette imprécision juridique peut s'expliquer par la multiplicité des catégories des contrats de la commande publique, des procédures de passation et des situations dans lesquelles peuvent intervenir de telles modifications. Cette hétérogénéité rend difficile une systématisation du régime applicable aux modifications précontractuelles. Cette imprécision peut également s'expliquer par la confusion actuelle des fonctions des principes de la commande publique²³⁹², car la méconnaissance des implications respectives à chacun paralyse la délimitation précise des contraintes qu'ils font peser sur les acteurs de la commande publique²³⁹³. Par conséquent, ni les fondements, ni le régime des modifications précontractuelles des contrats de la commande publique ne sont d'une évidence certaine.

Pourtant, ces précisions sont nécessaires. D'une part, il n'est pas rare que de telles modifications interviennent en cours de passation²³⁹⁴, ce qui démontre que la mutabilité de la procédure peut s'avérer nécessaire. D'autre part, ces modifications sont susceptibles de porter atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique²³⁹⁵, ce qui met en évidence la nécessité de clarifier leur encadrement. En effet, une modification de l'objet ou des conditions de la consultation peut avoir des conséquences sur le déroulement et l'efficacité de la mise en

²³⁹⁰ Il s'agit de l'ensemble des modifications intervenant avant la signature du contrat.

²³⁹¹ V. notamment : M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier, 2004 – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009.

²³⁹² Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²³⁹³ G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 599 : « comment sanctionner une passation pour non respect d'un principe, en dehors de toute procédures fixées par les textes, si ce dernier n'est pas suffisamment déterminé de façon détaillé et explicite ? ».

²³⁹⁴ Par essence, les procédures avec négociation permettent la survenance de modifications précontractuelles. Plus largement, il existe de nombreuses situations dans lesquelles l'autorité adjudicatrice ou les candidats procèdent à des modifications des conditions de consultation ou des offres préalablement à la signature du contrat.

²³⁹⁵ V. à ce titre : CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.* p. I-14527, préc. – CJUE, 18 novembre 2010, *Commission des communautés européennes c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 6, note W. Zimmer – CJUE, 16 avril 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, aff. C-278/14 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 139, note M. Ubaud-Bergeron.

concurrence initiale²³⁹⁶. Pour ces deux raisons, il semble indispensable de préciser le régime des modifications précontractuelles. Le critère du temps et la définition des fonctions propres à chaque principe qui en découle permettent d'appréhender l'existence d'un régime plus intelligible des modifications précontractuelles.

Afin de dépasser l'hétérogénéité caractéristique des modifications précontractuelles des contrats de la commande publique, il convient de rechercher un fondement juridique pertinent permettant d'organiser clairement le régime applicable à ces modifications. Il a déjà été vu que le temps est un élément de structuration des règles applicables aux modifications précontractuelles²³⁹⁷. Il convient d'approfondir cette analyse afin de systématiser l'encadrement de telles modifications. Le fondement juridique choisi repose sur l'identité des bénéficiaires respectifs des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement : les candidats potentiels pour le premier ; les candidats réels pour le second (A). Cette approche temporelle des fonctions des principes permet de systématiser un régime, qui dépend du type de candidat intéressé par la modification entreprise (B).

A : Le fondement juridique d'une systématisation du régime des modifications précontractuelles.

Le temps dispose d'une emprise certaine sur le droit de la commande publique²³⁹⁸. À cet égard, il fait évoluer certains éléments de la procédure de passation, dont ses principaux acteurs, les candidats. Il existe ainsi plusieurs catégories de candidats dont la qualité dépend de l'avancement du processus d'achat public (I). Cette distinction temporelle des candidats peut s'avérer fondamentale, puisqu'elle conditionne la recevabilité de certains recours contentieux. C'est le cas du recours en contestation de la validité du contrat issu de la décision *Tropic Travaux Signalisation*²³⁹⁹, qui est ouvert aux seuls candidats évincés d'une procédure

²³⁹⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 – Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²³⁹⁷ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2.

²³⁹⁸ *Idem*.

²³⁹⁹ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Rec.* p. 360 ; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; *JCP A* 2007, 2212 et *JCP E* 2007, 2164, notes F. Linditch ; *JCP A* 2007, 2221, note M.-C. Rouaut ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.-P. Pietri ; *AJDA* 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling.

de passation²⁴⁰⁰. Cet aspect temporel de la qualité des candidats concorde avec la temporalité des fonctions des principes de la commande publique. Chaque principe bénéficie à une catégorie particulière de candidats, les candidats potentiels pour le principe de liberté d'accès, les candidats réels pour le principe d'égalité de traitement, les deux catégories de candidats pour le principe de transparence, en fonction du moment où il intervient. Cette distinction entre les bénéficiaires des principes de la commande publique est fondamentale pour systématiser un régime des modifications précontractuelles (II).

I : Les différentes catégories temporelles de candidats.

Le temps dispose d'une influence déterminante sur l'évolution d'une catégorie particulière et protéiforme de tiers au contrat : les candidats. En droit de la commande publique, la candidature peut être définie comme « *l'action de l'opérateur économique qui souhaite déposer une offre pour devenir titulaire* »²⁴⁰¹ d'un contrat. Le candidat est donc l'opérateur qui est susceptible ou souhaite accéder à une chance de remporter un contrat de la commande publique. Une analyse du déroulement des procédures de passation dévoile que plusieurs catégories de candidats peuvent être distinguées en fonction du temps. Sans prétendre à une classification exhaustive de ces catégories, il convient de dresser les différentes déclinaisons possibles du statut du candidat.

Michel Guibal distingue par exemple « *le traitement des candidats virtuels et le traitement des candidats réels* »²⁴⁰². Le candidat virtuel peut se définir comme l'opérateur susceptible de candidater à un contrat, et le candidat réel comme celui qui a effectivement candidaté en déposant un dossier. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît, dans la catégorie générale des soumissionnaires aux contrats de la commande publique, celle

²⁴⁰⁰ CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446, *Rec.* p. 148 ; *AJDA* 2012. 1109, note P. Cassia ; *BJCP* 2012, p. 386, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, repère 1, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 64, note F. Brenet.

²⁴⁰¹ C. RIBOT, E. MARC et P. IDOUX, *Dico moniteur des marchés publics*, Le Mon., 2008, p. 122.

²⁴⁰² M. GUIBAL, « Égalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.

de soumissionnaire potentiel²⁴⁰³. Le soumissionnaire peut être défini comme « *le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre* »²⁴⁰⁴. *A contrario*, le soumissionnaire potentiel est l'opérateur économique qui n'a pas présenté d'offre. Une définition plus précise peut être déduite de la décision *Telaustria*²⁴⁰⁵, dans laquelle la Cour de justice indique que l'obligation de transparence « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence* »²⁴⁰⁶. Les soumissionnaires potentiels sont donc les entités devant être informées de la passation du futur contrat afin que l'ouverture à la concurrence soit efficace. Par conséquent, ce sont l'ensemble des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat, car agissant sur le même marché concurrentiel, mais n'ayant pas encore présenté une candidature. L'article 2 de la directive 2014/24 sur les marchés publics distingue quant à elle le « *soumissionnaire* », qui est « *un opérateur économique qui a présenté une offre* », du « *candidat* », qui est « *un opérateur économique qui a demandé à être invité ou a été invité à participer à une procédure restreinte, à une procédure concurrentielle avec négociation, à une procédure négociée sans publication préalable, à un dialogue compétitif ou à un partenariat d'innovation* »²⁴⁰⁷. La nouvelle ordonnance sur les marchés publics reprend cette définition²⁴⁰⁸.

En droit interne, les différentes notions existantes autour du candidat s'avèrent fondamentales en contentieux, pour vérifier, notamment, l'intérêt à agir et les moyens soulevés. Avant la décision *Département du Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014²⁴⁰⁹, seul le « concurrent évincé » disposait de la possibilité d'introduire un recours en contestation de validité du contrat,

²⁴⁰³ CJCE, 5 octobre 2000, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. C-16 :98, Rec. p. I-08315 : « *il y a lieu de vérifier en premier lieu si cette disposition impose l'absence de discrimination entre les soumissionnaires, y compris les soumissionnaires potentiels* ».

²⁴⁰⁴ *Idem*.

²⁴⁰⁵ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

²⁴⁰⁶ *Idem*, pt. 62.

²⁴⁰⁷ Art. 2 de la Directive 2014/24 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE, p. L 94/65.

²⁴⁰⁸ Art. 13 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc. : « *est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services. Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public. Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public* ».

²⁴⁰⁹ CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994 ; *AJCA* 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus ; *AJDA* 2014. 764 ; *ibid.* 1035 ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *D.* 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet et Angélique Dizier ; *RDI* 2014. 344, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5, note Ph. Rees ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, F. Brenet ; *ibid.* 2015, ét. 6, étude S. Hourson.

également appelé recours *Tropic*²⁴¹⁰. La qualité de concurrent évincé « est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable »²⁴¹¹. Les concurrents évincés se divisent en deux catégories, « les candidats évincés et les soumissionnaires évincés. L'utilisation de l'une ou l'autre dénomination dépend de la temporalité de l'éviction selon l'analyse de l'offre au fond »²⁴¹². En effet, en plus des candidats ayant effectivement participé à la procédure, cette notion regroupe « des personnes ou entreprises qui n'ont pas participé à la procédure de passation, mais qui sont à même de faire état d'un élément justifiant qu'elles auraient pu être candidates »²⁴¹³. En outre, la notion de candidat évincé est à distinguer de celle de « candidat à l'attribution d'un contrat public ». Cette dernière, plus restrictive, est considérée comme une notion propre au recours indemnitaire²⁴¹⁴. Afin de systématiser le régime des modifications précontractuelles, c'est la distinction entre le candidat potentiel et le candidat réel qui est déterminante.

II : La distinction fondamentale entre candidats potentiels et candidats réels.

Le temps structure le statut du candidat, en le faisant évoluer en fonction d'une frise chronologique qu'il convient de préciser. Lorsqu'il est susceptible d'être intéressé par le contrat mais n'a pas présenté sa candidature, c'est un candidat potentiel. Il peut devenir concurrent évincé au sens de la décision *Société Gouelle*²⁴¹⁵ à partir du moment où, par le comportement de l'administration, il a été empêché de participer à la procédure de mise en concurrence²⁴¹⁶. Il devient un candidat réel lorsqu'il dépose effectivement un dossier, donc lorsqu'il accède à la mise en concurrence. Il devient le cocontractant lorsque son offre est choisie par l'autorité adjudicatrice, ou un concurrent évincé lorsqu'elle est rejetée. Lorsqu'il souhaite être indemnisé pour le rejet de son offre, le candidat doit démontrer qu'il a bien été

²⁴¹⁰ CE, ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, préc.

²⁴¹¹ CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

²⁴¹² L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 24.

²⁴¹³ P. CASSIA, « Précisions procédurales sur le recours en contestation de la validité du contrat », *AJDA* 2012, p. 1109.

²⁴¹⁴ D. TASCIIAN, « Le droit à réparation du candidat évincé », *AJDA* 2014, p. 542.

²⁴¹⁵ CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

²⁴¹⁶ C'est le cas par exemple lorsque l'autorité adjudicatrice ne procède pas à une publicité adéquate.

un candidat à l'attribution d'un contrat public. Deux catégories de candidats sont utiles pour la systématisation du régime des modifications précontractuelles : les candidats potentiels et les candidats réels.

Le candidat potentiel est l'opérateur économique susceptible d'être intéressé par le contrat mais qui n'a pas encore accédé à la mise en concurrence. Par conséquent, cette catégorie de candidats entre dans le premier temps de la commande publique, celui de l'accès à la mise en concurrence. Le candidat potentiel devient candidat réel lorsqu'il accède effectivement à la mise en concurrence, c'est-à-dire lorsqu'il dépose un dossier contenant sa candidature et son offre. Dans ce cas, cette catégorie de tiers au contrat doit être rattachée au deuxième temps de la commande publique, celui de la mise en concurrence effective. En appliquant les fonctions temporelles de chacun des principes de la commande publique, il est possible d'affirmer que les candidats potentiels bénéficient du principe de liberté d'accès, principe dominant du premier temps, tandis que les candidats réels bénéficient de l'égalité de traitement entre les candidats, principe du deuxième temps. La transparence, en fonction du moment où elle intervient, bénéficie à l'une ou l'autre de ces catégories de candidats. Les règles de passation relatives à chacune des deux catégories ne sont donc pas soumises au même principe. Les modifications précontractuelles intéressant l'une ou l'autre de ces catégories ne doivent ainsi pas être encadrées de la même manière.

B : La systématisation du régime des modifications précontractuelles.

Lorsque les modifications intéressent les soumissionnaires potentiels, elles doivent faire l'objet d'un encadrement sur le fondement du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence (I). En revanche, lorsqu'elles intéressent seulement les candidats réels, c'est l'égalité de traitement entre les candidats qui produit ses effets (II). Cette logique permet de systématiser le régime des modifications précontractuelles en droit de la commande publique.

I : La liberté d'accès, fondement du régime des modifications intéressant les candidats potentiels.

Toutes les modifications intéressant les candidats potentiels, c'est-à-dire « *ceux qui pourraient exécuter les prestations objet du contrat* »²⁴¹⁷ mais qui n'ont pas encore candidaté²⁴¹⁸, doivent être encadrées et contrôlées au moyen du principe de liberté d'accès à la commande publique. Cette logique évidente avant la date de dépôt des candidatures (a) doit être précisée lorsque la modification intervient lors du deuxième temps de la commande publique, pendant la mise en concurrence (b).

a : Les modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures.

La date de dépôt des candidatures marque une étape charnière dans le régime des modifications précontractuelles. Tous les candidats qui souhaitent ou sont susceptibles de déposer leur dossier avant cette date sont considérés comme des candidats potentiels. Après cette date, ces derniers n'ont plus la possibilité d'accéder à la mise en concurrence²⁴¹⁹. La procédure se poursuit donc uniquement avec les candidats réels, c'est-à-dire les opérateurs économiques qui ont effectivement candidaté. La date de dépôt des candidatures constitue donc une frontière temporelle certaine entre les candidats potentiels et réels.

Dès lors, toutes les modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures intéressent les seuls candidats potentiels, puisque qu'il n'existe pas encore de candidats réels. Or, temporellement, la liberté d'accès est le principe qui s'applique à la catégorie des candidats potentiels. En effet, ces candidats ont pour objectif d'accéder à la procédure de passation afin d'avoir une chance d'obtenir le contrat. C'est justement la fonction que poursuit la liberté d'accès à la commande publique, principe force du premier temps²⁴²⁰. Par

²⁴¹⁷ P. CASSIA, art. préc., p. 1109.

²⁴¹⁸ Soit parce qu'ils ne désirent pas candidater, soit parce qu'ils sont dans l'impossibilité de le faire.

²⁴¹⁹ Art. 58 du Code des marchés publics pour la procédure d'appel d'offre ouvert – Art. 61 du Code des marchés publics pour la procédure d'appel d'offre fermé – Art. 65 du Code des marchés publics pour la procédure négociée – Art. 67 du Code des marchés publics pour la procédure de dialogue compétitif – Art. 70 du Code des marchés publics pour la procédure de concours.

²⁴²⁰ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

conséquent, toutes les modifications ayant des répercussions sur la liberté des candidats potentiels d'accéder à la mise en concurrence doivent être encadrées et contrôlées au moyen de la liberté d'accès. S'agissant des candidats réels, la liberté d'accès n'est pas effective, puisqu'elle a épuisé ses effets²⁴²¹.

Les modifications n'ayant pas d'effet sur la liberté d'accès des candidats potentiels doivent être librement accomplies par l'autorité adjudicatrice. N'ayant pas de conséquence sur les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté d'accès. Il s'agit nécessairement de modifications de faible ampleur qui ne concernent que les éléments non dirimants pour l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. C'est le cas, par exemple, des rectifications d'erreurs matérielles sur les éléments secondaires communiqués dans la publicité initiale. Dans un objectif d'intelligibilité et d'efficacité de la procédure, l'autorité adjudicatrice doit seulement envoyer un additif aux entreprises ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner²⁴²² et si besoin, leur laisser un délai suffisant pour adapter leur candidature²⁴²³.

Lorsque les modifications ont des conséquences sur la liberté d'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence, elles doivent nécessairement faire l'objet d'un encadrement, sauf à porter atteinte à ce principe. Les interdire n'a pas de sens, dans la mesure où l'impossibilité pour l'autorité adjudicatrice de procéder à des modifications avant la date de dépôt des candidatures peut s'avérer handicapante. Si l'autorité adjudicatrice s'est trompée dans la détermination des besoins ou dans la rédaction de la publicité initiale et qu'elle ne peut rectifier ses erreurs, la procédure peut être déclarée infructueuse. Par conséquent, la liberté d'accès ne doit pas servir de fondement pour sanctionner ces modifications ; l'objectif est de mettre en place un encadrement qui permet de réparer, dans la mesure du possible, l'atteinte qui lui est portée.

Deux critères permettent d'identifier les modifications susceptibles de porter atteinte au principe de liberté : d'une part, la modification doit être d'une ampleur telle qu'elle bouleverse les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence ; d'autre part, la

²⁴²¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²⁴²² CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec. T.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

²⁴²³ F. LINDITCH, « A propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », *JCP A*, n°14, 29 mars 2004, p. 458.

modification doit concerner les éléments déterminants dans l'accès des candidats à la mise en concurrence, tels que les caractéristiques du contrat, son montant, les critères de sélection des candidatures, les spécifications techniques, ou les critères de sélection des offres s'ils sont connus des candidats potentiels dès l'engagement de la procédure²⁴²⁴. En d'autres termes, il s'agit des modifications qui influencent le comportement des opérateurs économiques, soit concernant les termes de leur candidature, soit concernant leur décision d'être ou non candidat²⁴²⁵. C'est ce qui est désigné comme « modification substantielle » soit du futur contrat, soit des conditions d'accès à la mise en concurrence.

Si l'autorité adjudicatrice procède à une modification substantielle avant la date de dépôt des candidatures, elle doit publier un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que la publicité initiale, et respecter un nouveau délai de remise des candidatures²⁴²⁶. Autrement dit, elle est dans l'obligation de commencer une nouvelle procédure de passation, qui prend en compte les modifications opérées. Procéder de la sorte est le seul moyen de ne pas porter une atteinte injustifiée au principe de liberté d'accès. Les candidats potentiels dissuadés de candidater lors de la première procédure, en raison des caractéristiques initiales de mise en concurrence, disposent par conséquent de leur liberté d'accéder à la nouvelle procédure de mise en concurrence²⁴²⁷. Sans la nouvelle publicité et le nouveau délai de remise des offres, ces derniers seraient dans l'incapacité d'exercer leur libre choix d'accéder ou non à la mise en concurrence modifiée. Dans ce cadre, la modification substantielle est permise, dans la mesure où elle peut être « corrigée » par l'accomplissement de certaines obligations à la charge de l'autorité adjudicatrice. Tel n'est pas le cas des modifications intervenant après la date limite de dépôt des candidatures.

²⁴²⁴ C'est systématiquement le cas dans le cadre de la procédure d'appel d'offre.

²⁴²⁵ W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

²⁴²⁶ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n°278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n°287955 – CAA Marseille, 16 oct. 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131 ; *Contrat et marchés publ.* 2009, comm. 10, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

²⁴²⁷ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 240.

b : Les modifications intervenant pendant la mise en concurrence.

La date de dépôt des candidatures clôt la possibilité pour les candidats potentiels d'accéder à la mise en concurrence. La procédure se poursuit donc avec les seuls candidats réels. Dès lors, seule cette catégorie de candidats bénéficiaires de l'égalité de traitement est *a priori* concernée par les modifications intervenant lors de la mise en concurrence. Toutefois, il a été démontré que la liberté d'accès dispose d'une fonction médiate de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence lors du deuxième temps de la commande publique²⁴²⁸, qui bénéficie aux candidats potentiels n'ayant pas pu accéder à la procédure. Cette fonction médiate est nécessaire, dans la mesure où la liberté d'accès est susceptible d'être rétroactivement remise en cause lorsque l'autorité adjudicatrice, pendant la mise en concurrence, procède à des modifications qui rectifient les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.

Par conséquent, deux principes sont susceptibles d'être concernés par les modifications intervenant pendant la mise en concurrence : la liberté d'accès, au titre de sa fonction médiate²⁴²⁹ ; l'égalité, dont les fonctions sont rattachées au deuxième temps de la commande publique. C'est pourquoi il convient de préciser l'articulation des fonctions des principes de liberté et d'égalité s'agissant des modifications précontractuelles intervenant lors de la mise en concurrence.

Cette articulation repose sur les deux notions clés de candidats potentiels et réels, c'est-à-dire les bénéficiaires respectifs de chacun des deux principes. Lorsque les modifications concernent des éléments communiqués dès l'engagement de la procédure, c'est-à-dire ceux connus ou susceptibles d'être connus par les candidats potentiels, elles sont à analyser au regard du principe de liberté d'accès.

En revanche, lorsque les modifications sont relatives à des éléments qui n'ont été communiqués qu'aux candidats réels, pendant la mise en concurrence, elles sont à analyser au regard du principe d'égalité de traitement. Le principe utilisé pour contrôler la légalité de la modification précontractuelle dépend donc du destinataire des éléments qui font l'objet de cette modification.

²⁴²⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁴²⁹ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

Les éléments communiqués aux candidats potentiels dans la publicité initiale sont, sur le fondement du principe de transparence, nécessairement relatifs aux caractéristiques principales du futur contrat ainsi qu'aux conditions d'accès à la mise en concurrence²⁴³⁰. Par conséquent, ils influencent la décision des candidats potentiels de candidater à la procédure. Une modification de ces éléments lors de la mise en concurrence est donc susceptible de porter rétroactivement atteinte à leur liberté d'accéder à la procédure de passation. Or, l'autorité adjudicatrice ne dispose plus d'un moyen permettant aux candidats potentiels qui n'ont pas candidaté d'avoir une chance de remporter le contrat au regard de ces nouveaux éléments. De telles modifications portent donc atteinte à la liberté d'accès à la mise en concurrence. Dans ce cadre, l'égalité de traitement n'a pas à produire ses effets. En effet, la modification ne concerne pas les candidats réels qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence, mais l'ensemble des candidats potentiels susceptibles d'être intéressés par les nouvelles caractéristiques du contrat.

Pour que la liberté d'accès s'applique, les modifications doivent porter sur l'ensemble des éléments communiqués aux candidats potentiels avant la date limite de dépôt des candidatures, lors de la publicité initiale. À ce titre, une distinction s'impose entre la procédure d'appel d'offre et les autres procédures de passation. Dans le cadre de l'appel d'offre, la publicité initiale inclut obligatoirement tous les éléments relatifs à la sélection des candidatures, mais également à celle des offres. En effet, une fois que le candidat dépose son dossier avant la date de limite de réception des candidatures, il ne dispose plus de la possibilité de modifier son offre, cette dernière étant intangible²⁴³¹. Par conséquent, il doit avoir accès dès le départ aux informations nécessaires à l'élaboration de son offre. Ces éléments font donc partie des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, qui influencent la décision d'un opérateur économique de candidater²⁴³². Dès lors, leur modification lors du deuxième temps de la commande publique est susceptible de porter atteinte au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence. Ainsi, en appel d'offre, ce principe encadre l'ensemble des modifications précontractuelles pouvant intervenir lors de la procédure de passation.

²⁴³⁰ En effet, la transparence ayant une fonction d'intelligibilité de la procédure, elle contraint l'autorité adjudicatrice à communiquer l'ensemble de ces éléments dans la publicité initiale : cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁴³¹ CE, 24 décembre 1926, *SA L'entreprise de l'Est*, Rec. p. 1172.

²⁴³² Art. 53 du Code des marchés publics : « les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ».

Ce n'est pas le cas s'agissant des autres procédures de passation, notamment celle des délégations de service public. Ces dernières se déroulent majoritairement en deux étapes, à l'inverse de la procédure d'appel d'offre. La première étape est consacrée à la sélection des candidatures. La publicité comporte obligatoirement les informations relatives aux conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, et facultativement celles relatives aux offres. Ensuite, l'autorité adjudicatrice élimine les candidatures non conformes et dresse la liste des candidats réels admis à présenter une offre. Elle communique à ces derniers les éléments nécessaires à l'élaboration des offres²⁴³³, ou les complète si ces éléments sont connus dès la publicité initiale. Après les négociations, les candidats réels déposent leur offre et l'autorité adjudicatrice procède à la sélection de son cocontractant. Ainsi le délégant peut informer les candidats sur les éléments essentiels à deux reprises : auprès des candidats potentiels, s'agissant des conditions d'accès à la mise en concurrence et des éléments relatifs aux offres ; auprès des candidats réels, s'agissant des éléments relatifs aux offres. C'est pour cette raison que dans le cadre des délégations de service public, le Conseil d'État précise que l'information sur les critères de sélection des offres des candidats doit être faite « *avant le dépôt de leurs offres* »²⁴³⁴, c'est à dire soit lors de la publicité initiale, soit lors de la deuxième publicité.

Dans ce cadre, l'articulation des principes de la commande publique dépend de la manière dont est faite la communication des informations relatives à la procédure auprès des candidats. La liberté d'accès s'applique lorsque les modifications concernent les éléments connus des candidats potentiels. Dès lors, si l'autorité adjudicatrice choisit de publier les informations sur les offres dans la publicité initiale et qu'elle souhaite les modifier lors de la mise en concurrence, elle doit respecter le principe de liberté d'accès. En revanche si ces informations ne sont connues que des candidats réels, les modifications doivent respecter le principe d'égalité de traitement des candidats²⁴³⁵.

Si la liberté d'accès s'applique – dans le cas où les éléments modifiés ont été communiqués

²⁴³³ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, préc.

²⁴³⁴ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugué ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

²⁴³⁵ Cf. *Infra*, II).

aux candidats potentiels – il y a lieu de reprendre la notion de modification substantielle²⁴³⁶. Ce sont les modifications d'une certaine ampleur qui portent sur les éléments essentiels de la procédure et du futur contrat, comme les caractéristiques du contrat, les critères de sélection des candidatures, les critères de sélection des offres et leurs modalités de mise en œuvre s'ils sont connus dès l'engagement de la procédure. Lors de la mise en concurrence, toute modification substantielle est interdite, car l'autorité adjudicatrice ne dispose plus d'un moyen permettant aux candidats potentiels, qui n'ont pas initialement candidaté, d'accéder à la procédure. À ce titre, le Conseil d'État indique que « *dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier* »²⁴³⁷. En d'autres termes, les éléments essentiels communiqués dès l'engagement de la procédure ne peuvent faire l'objet d'aucune modification lors de la mise en concurrence, et cela même si leur communication préalable n'était pas obligatoire. Si la modification n'est pas substantielle, donc qu'elle ne porte pas rétroactivement atteinte à la liberté d'accès, elle est permise, car elle n'influence pas le choix des opérateurs économiques qui n'ont pas répondu à l'avis d'appel public à la concurrence initial. Le fondement utilisé est différent s'agissant des modifications portant sur les éléments connus seulement des candidats réels.

II : L'égalité de traitement, fondement du régime des modifications intéressant les candidats réels.

L'égalité de traitement encadre les modifications portant sur les éléments communiqués seulement aux candidats réels, c'est-à-dire aux candidats admis à présenter une offre. Il ne peut s'agir que des éléments qui n'ont pas de lien avec les conditions d'accès initiales²⁴³⁸, donc ceux qui portent sur les offres ou sur les modalités de négociation s'il y en a une. Dans ce cas, la notion de modification substantielle ne peut être utilisée comme fondement à l'encadrement des modifications précontractuelles. En effet, cette notion est

²⁴³⁶ Cf. *Supra*, a).

²⁴³⁷ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas.

²⁴³⁸ En effet, ces éléments doivent faire l'objet d'une publicité dès l'engagement de la procédure.

sollicitée pour déterminer si la modification peut influencer la décision des candidats potentiels de candidater ou non à la procédure de mise en concurrence. Or, les modifications dont il s'agit ne concernent que les candidats réels, donc ceux qui ont choisi de candidater et qui l'ont effectivement fait.

C'est donc une logique relative aux fonctions de l'égalité de traitement, principe rattaché au temps de la mise en concurrence, qu'il convient de solliciter. La modification est permise si elle n'entraîne pas une rupture d'égalité entre les candidats réels. En revanche, elle est interdite si elle a pour effet d'entraîner une différence de traitement entre les candidats et si elle est entreprise dans l'objectif d'avantager ou de désavantager un candidat. La logique est ainsi foncièrement différente de celle utilisée dans le cadre de la liberté d'accès.

L'ensemble de ces analyses permet de systématiser clairement le régime des modifications précontractuelles. Lorsque les modifications portent sur des éléments communiqués aux candidats potentiels, c'est la liberté d'accès qui s'applique. Si elles interviennent avant la date de dépôt des candidatures, l'autorité adjudicatrice doit recommencer une procédure si la modification est substantielle, ou seulement informer les candidats ayant déposé une candidature si elle est mineure. Après la date de réception des candidatures, toute modification substantielle est interdite.

Lorsque les modifications portent sur des éléments communiqués seulement aux candidats réels, c'est l'égalité de traitement qui s'applique. Dans ce cas, la modification ne doit pas provoquer une rupture d'égalité entre les candidats.

Récemment, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur le régime des modifications précontractuelles des délégations de service public, dans une décision *Société lyonnaise des eaux*²⁴³⁹ du 30 juillet 2014. Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si l'autorité délégante pouvait modifier en cours de procédure les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution de la délégation qu'elle a choisi de faire connaître aux candidats²⁴⁴⁰. Le Conseil d'État indique que l'autorité délégante peut procéder à une telle modification que si elle informe les candidats « *en temps utile avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci*

²⁴³⁹ CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

²⁴⁴⁰ La publicité des modalités de mise en œuvre des critères d'attribution n'est pas obligatoire s'agissant des délégations de service public : CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale sur les modalités de mise en œuvre des critères a elle-même été donnée avant le dépôt des candidatures, ou en temps utile avant le dépôt des offres, pour que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale n'a été donnée qu'après le dépôt des candidatures ». Dans cette décision, la chronologie de la procédure de passation est explicitement prise en compte. Si la modification concerne les candidats potentiels, l'autorité délégante doit les informer avant le dépôt des candidatures. Si elle concerne uniquement les candidats réels, elle doit les informer avant le dépôt des offres. Toutefois, cette solution demeure incomplète, puisqu'elle n'indique pas les conséquences à tirer de la modification entreprise par l'autorité délégante.

La conception temporelle des principes, en singularisant leurs fonctions propres, apporte des éclaircissements sur le régime de la commande publique, notamment par la systématisation d'un régime des modifications précontractuelles. Des précisions sur l'articulation des principes permettent également d'appréhender l'existence de nouvelles politiques publiques sur le droit de la commande publique, dont la pénétration bouscule certains aspects traditionnels de l'achat public.

Paragraphe 2 : L'articulation fonctionnelle des principes dans la poursuite des nouvelles politiques publiques.

L'adoption des nouvelles directives du 26 février 2014²⁴⁴¹ confirme l'existence d'une mutation des finalités poursuivies par les principes de la commande publique. Aux objectifs traditionnels d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché à la concurrence, s'ajoutent des considérations plus larges relatives au développement durable et à l'économie de marché dans un contexte de crise. Ainsi, « *la commande publique n'est plus étroitement autocentrée, mais constitue désormais, dans certaines limites, le vecteur de politiques publiques aux préoccupations plus larges* »²⁴⁴². À cet égard, les contrats de la commande publique deviennent des leviers utiles aux politiques publiques d'intérêt général. Michaël Karpenschif qualifie ces finalités « *d'objectifs*

²⁴⁴¹ Directive 2014/24/UE préc. – directive 2014/23/UE préc. – directive 2014/25/UE préc.

²⁴⁴² B. DACOSTA, « L'accès des PME aux marchés publics dans le nouvelle directive Marchés publics », *BJCP* n° 96, p. 323.

secondaires », tout en soulignant qu'ils « *n'ont évidemment rien de secondaires pour la construction européenne* »²⁴⁴³, puisqu'ils sont désormais pleinement intégrés au droit positif. Cette mutation opère un enrichissement des fonctions des principes de la commande publique, mais également une adaptation des implications propres à chacun d'eux. Par conséquent, il convient d'analyser l'impact de ces politiques publiques sur l'articulation des fonctions des principes de liberté et d'égalité²⁴⁴⁴ dans le cadre de l'accès des PME à la commande publique (A) et de l'intégration des objectifs sociaux et environnementaux dans le droit positif (B).

A : L'articulation des principes face aux mesures relatives aux PME.

Depuis quelques années, l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique est une préoccupation grandissante en droit interne des marchés publics. Ainsi, « *la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises est, désormais, un objectif qui peut être assigné au code des marchés publics* »²⁴⁴⁵. Cet objectif apparaît depuis peu en droit de l'Union européenne avec la directive 2014/24, selon laquelle les règles de passation « *devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics* »²⁴⁴⁶. Faciliter l'accès des PME est une préoccupation légitime des politiques publiques dans le contexte actuel de crise économique. Toutefois, la mise en place de mesures « *favorables* » aux PME ne doit pas avoir pour effet de les « *favoriser* » par rapport aux autres structures d'entreprises²⁴⁴⁷, au risque de porter atteinte au principe de non-discrimination²⁴⁴⁸. Ainsi, « *il s'agit de lever les obstacles qui se dressent devant les petites et moyennes entreprises, non d'en ériger devant les grandes* »²⁴⁴⁹. En

²⁴⁴³ M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : « Contrat public et Union européenne » », *RFDA* 2014, p. 418.

²⁴⁴⁴ La transparence n'ayant pas de lien avec la prise en compte de ces objectifs secondaires, elle n'est pas intégrée aux développements qui suivent.

²⁴⁴⁵ B. DACOSTA, art. préc., p. 323.

²⁴⁴⁶ Directive 2014/24 préc., cons. 2.

²⁴⁴⁷ Cette distinction entre « mesure favorable » et « mesure qui favorise » est empruntée à L. RAPP, « L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 12 : « *en l'état de nos principes juridiques, il n'est possible que de prendre des mesures favorables aux PME, en aucun cas, des mesures qui les favorisent* ».

²⁴⁴⁸ CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, n° 297711, *Rec.* p. 298 ; *RDI* 2008, p. 44, note R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 240, note W. Zimmer ; *RJEP* 2008, p. 10, note Moreau ; *JCP A* 2007, 2213, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, 1593, note J.-D. Dreyfus ; *RLC* 2007, p. 16, note N. Symchowicz, P. Le Bouëdec et Ph. Proot ; *RDI* 2007, 423, note J.-D. Dreyfus.

²⁴⁴⁹ B. DACOSTA, art. préc. p. 323.

d'autres termes, la liberté d'accès des PME doit être assurée sans que cela ne porte atteinte à l'égalité de traitement de l'ensemble des entreprises de la commande publique. Si les PME peuvent faire l'objet de mesures favorisant leur accès à la mise en concurrence, elles ne doivent pas être avantagées lors de la mise en œuvre de la procédure. La problématique relative aux PME tourne donc autour de la recherche d'un équilibre entre la liberté (I) et l'égalité (II).

I : Une extension par la liberté d'accès.

Dans le cadre de ses fonctions d'encadrement des conditions d'accès à la mise en concurrence²⁴⁵⁰, la liberté d'accès dispose d'un aspect majoritairement négatif, dans le sens où elle oblige l'autorité adjudicatrice à ne pas entraver l'accès de certains opérateurs économiques de manière injustifiée. Dans une moindre mesure, elle dispose également d'une fonction positive, celle de favoriser l'accès à la mise en concurrence d'une catégorie particulière d'entreprises, les PME²⁴⁵¹. Dans le Code des marchés publics de 2006²⁴⁵², certaines dispositions ont été prises afin de favoriser leur accès à la commande publique²⁴⁵³. Le droit interne s'est donc saisi de la question depuis quelques années. Récemment, le législateur européen a intégré cette préoccupation dans le giron des objectifs poursuivis par le droit dérivé de l'Union européenne. Il s'agit, dans les développements qui suivent, d'analyser les nouvelles dispositions de la directive 2014/24 afin de préciser les implications des fonctions de la liberté d'accès dans le cadre de la mutation des politiques publiques dans le droit de la commande publique.

Le législateur européen passe d'abord par une simplification des modalités de présentation des candidatures pour favoriser l'accès des PME à la mise en concurrence. À cet égard, est mis en place un document unique de marché européen (DUME)²⁴⁵⁴ qui allège les « *lourdeurs*

²⁴⁵⁰ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁴⁵¹ *Idem.*

²⁴⁵² Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006 p. 11627.

²⁴⁵³ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁴⁵⁴ Art. 59 de la directive 2014/24 préc. : « lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers ».

administratives »²⁴⁵⁵ de présentation des candidatures, en simplifiant les justifications à fournir par les candidats. Le développement de la dématérialisation²⁴⁵⁶ facilite également l'accès de cette catégorie d'entreprises à la mise en concurrence²⁴⁵⁷. De plus, les textes offrent désormais la possibilité aux entreprises de ne présenter qu'une seule fois les éléments requis pour vérifier la validité de la candidature dans tous les marchés lancés par un pouvoir adjudicateur²⁴⁵⁸. C'est le concept du « *dites-le-nous une seule fois* ». Les PME auront désormais moins l'occasion de se dire « *non, je ne candidaterai pas, car cela me coûte plus d'argent de lire et de rédiger les documents que d'en assurer l'exécution* »²⁴⁵⁹. Par conséquent, l'objectif du législateur européen est de ne pas dissuader les PME de candidater aux marchés publics, par une simplification administrative des conditions d'accès à la procédure.

Au titre des conditions de sélection des candidatures, ensuite, il est admis que l'autorité adjudicatrice puisse exiger des candidats un chiffre d'affaire minimal²⁴⁶⁰, afin de s'assurer que l'entreprise dispose des ressources nécessaires pour assurer les prestations. Or, selon le préambule de la directive 2014/24, « *les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics* »²⁴⁶¹. Afin de favoriser l'accès des PME, dont le chiffre d'affaire est souvent plus faible que celui des grosses entreprises, l'article 58 de la directive 2014/24 plafonne le montant des garanties financières exigibles²⁴⁶². Cette mesure a rapidement fait l'objet d'une transposition en droit interne²⁴⁶³, le nouvel article 45 du Code des marchés publics disposant désormais que « *le pouvoir adjudicateur ne peut réclamer un*

²⁴⁵⁵ L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 2.

²⁴⁵⁶ En ce sens, voir les articles 22, 34, 35, 36 et 53 de la directive 2014/24 préc.

²⁴⁵⁷ H. HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, ét. 3.

²⁴⁵⁸ Art. 5 du Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, *JORF* n°0225 du 28 septembre 2014 p. 15782 : « *le pouvoir adjudicateur peut prévoir, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables* » ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 289, note G. Clamour.

²⁴⁵⁹ Ph. JACQUEMOIRE, « Normes : vers une réelle simplification ? - Entreprise gouvernementale de simplification : état des lieux et perspective en matière de commande publique », *AJCT* 2015 p. 71.

²⁴⁶⁰ Art. 45 du Code des marchés publics.

²⁴⁶¹ Cons. (83) du préambule de la directive 2014/24 préc.

²⁴⁶² Art. 58 de la directive 2014/24 préc. : « *le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures* ».

²⁴⁶³ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1 août 2014 p. 12666 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 248, note G. Clamour – Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, préc.

chiffre d'affaires qui soit supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot ». Le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'aller au-delà de ce plafond, mais toute exception doit être justifiée et indiquée dans les documents de consultation²⁴⁶⁴. La nouvelle directive comporte d'autres dispositions qui facilitent l'accès des PME, telles que l'ouverture des marchés publics aux groupements²⁴⁶⁵, l'allotissement²⁴⁶⁶ ainsi que l'encadrement de la sous-traitance²⁴⁶⁷. Il est à noter cependant que par rapport au droit interne, la directive n'innove pas²⁴⁶⁸ et n'impose pas « *grand-chose* »²⁴⁶⁹.

Enfin, l'article 31 de la directive sur les marchés publics met en place une nouvelle procédure spécifique, le partenariat d'innovation, qui pourra être utilisé pour les marchés publics portant « *sur un besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits de service ou de travaux déjà disponibles sur le marché* »²⁴⁷⁰. Ce partenariat permet à l'acheteur de conclure un marché dans le but de rechercher une solution innovante dans un domaine particulier, et de ne pas avoir à relancer une nouvelle mise en concurrence pour procéder à la réalisation de cette solution. Cette mesure vise à faciliter l'accès des PME à la commande publique, dans la mesure où « *la structure des entreprises innovantes sont dans la quasi-totalité des cas des petites ou moyennes entreprises (PME) ou des entreprises de taille intermédiaire (ETI)* »²⁴⁷¹. Transposé en droit interne²⁴⁷², le partenariat d'innovation est destiné « *à permettre la réussite d'une politique économique favorable à certains types d'entreprises ou à certains types de biens* »²⁴⁷³, en l'occurrence les PME.

Ainsi, le principe de liberté d'accès préconise l'adoption de mesures visant à favoriser l'accès des PME à la mise en concurrence, en les incitant à présenter une candidature « *en adaptant les modalités de présentation des offres à leurs spécificités* »²⁴⁷⁴. Toutefois, ces mesures restent limitées, car elles ne doivent pas avoir pour effet de restreindre l'accès à la

²⁴⁶⁴ Art. 45 du Code des marchés publics.

²⁴⁶⁵ Art. 19 de la directive 2014/24/UE préc.

²⁴⁶⁶ Art. 46 de la directive 2014/24/UE préc.

²⁴⁶⁷ Art. 71 de la directive 2014/24/UE préc.

²⁴⁶⁸ Notamment s'agissant du principe de l'allotissement qui a été introduit dès le Code des marchés publics de 2006.

²⁴⁶⁹ L. RICHER, art. préc.

²⁴⁷⁰ Art. 31 de la directive 2014/24 préc.

²⁴⁷¹ J.-G. SORBARA, « Marchés publics et innovation », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 13.

²⁴⁷² Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, préc.

²⁴⁷³ J.-G. SORBARA, art. préc.

²⁴⁷⁴ *Idem.*

concurrence d'autres entreprises intervenant sur le marché. C'est pourquoi la qualité de PME ne peut être un critère de sélection des candidatures²⁴⁷⁵, et que « *les mesures facilitant l'accès des PME restent limitées* »²⁴⁷⁶. Le principe d'égalité de traitement des candidats constitue également un obstacle dans l'adoption des mesures visant à favoriser les PME.

II : Une restriction par l'égalité de traitement des candidats.

Le soutien aux PME est « *porteur de risques de discrimination* »²⁴⁷⁷, puisque les mesures visant à les favoriser peuvent porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. C'est pourquoi ce principe « *exclut que soient légalement prise des mesure de discrimination positive au bénéfice des PME* »²⁴⁷⁸ au stade de la mise en œuvre de la procédure de passation.

En droit interne, le Conseil Constitutionnel²⁴⁷⁹ rappelle que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »²⁴⁸⁰. Toutefois, ce principe ne s'oppose pas à ce que le législateur puisse « *dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats* »²⁴⁸¹. Ainsi, le principe d'égalité ne s'oppose pas à la mise en place de mesures favorisant certaines catégories d'opérateurs économiques dans le déroulement de la procédure, notamment pour le choix des offres. Toutefois, ces mesures doivent être limitées et strictement encadrées, afin de ne pas introduire de discriminations

²⁴⁷⁵ CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, préc.

²⁴⁷⁶ L. RICHER, art. préc.

²⁴⁷⁷ *Idem*.

²⁴⁷⁸ B. DACOSTA, art. préc., p. 324.

²⁴⁷⁹ Cons. Const., décision n° 2001-452 DC du 06 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, Rec. p. 156 ; RFDC 2002, n° 49, p. 181, comm. V. Bertile.

²⁴⁸⁰ *Ibid.*, cons. 5.

²⁴⁸¹ *Ibid.*, cons. 6.

injustifiées dans la commande publique. Le principe d'égalité de traitement limite donc les mesures favorisant les PME dans le déroulement de la procédure de passation.

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, « *le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »²⁴⁸². Or, l'adoption de mesures favorisant les PME au stade de la mise en concurrence est de nature à introduire une différence de traitement entre des entités placées dans une situation comparable. En effet, rien ne justifie que les PME et les autres entreprises soient considérées comme placées dans des situations différentes, car « *il n'y a pas de rapport permanent et incontestable entre la qualité de PME et la capacité à présenter une offre, quel que soit l'objet du marché* »²⁴⁸³. Par conséquent, l'égalité de traitement des candidats empêche l'existence de mesure favorisant les PME lors du deuxième temps de la commande publique. Ainsi, ce principe « *explique que les seules mesures favorables aux PME soient celles qu'énumère le Code des marchés publics dans son état actuel* »²⁴⁸⁴, c'est à dire le droit de préférence²⁴⁸⁵ et les marchés réservés²⁴⁸⁶.

Cette dimension des fonctions du principe d'égalité de traitement explique la quasi-absence de mesures favorables à certaines catégories d'entreprises au stade de la mise en concurrence. Là où la liberté accepte les mesures favorisant les PME au stade de l'accès à la procédure, l'égalité de traitement les proscriit au stade du choix offres. Ainsi, les fonctions temporelles de ces deux principes peuvent avoir des effets contradictoires dans la poursuite des mêmes objectifs. Cette « confrontation » des principes explique que les mesures prises en faveur des PME soient modérées et situées au stade de l'accès des entreprises à la mise en concurrence. L'articulation des principes doit également être précisée au regard de l'intégration des objectifs environnementaux et sociaux dans le droit de la commande publique.

²⁴⁸² CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et aff. C-34/03, *Rec.* p. I-1559 ; *AJDA* 2005. 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 127, note W. Zimmer.

²⁴⁸³ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, n° 297711, *BJCP* 2007, n° 54, p. 366.

²⁴⁸⁴ L. RAPP, art. préc.

²⁴⁸⁵ Art. 59 du Code des marchés publics.

²⁴⁸⁶ Art. 15 du Code des marchés publics.

B : L'articulation des principes dans l'intégration des objectifs environnementaux et sociaux.

Le droit interne intègre désormais des enjeux distincts des objectifs traditionnels de protection des deniers publics et d'efficacité de la commande publique²⁴⁸⁷. En effet, l'article 5 du Code des marchés publics relatif à la détermination des besoins dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable* ». Selon l'article 30 de la nouvelle ordonnance²⁴⁸⁸, ces objectifs doivent être pris en compte « *dans leur dimensions économique, sociale et environnementale* ». Ces objectifs contribuent, selon le Conseil d'État, à « *la protection et mise en valeur de l'environnement, au développement économique et au progrès social* »²⁴⁸⁹. C'est également le cas de l'Union européenne, puisque le préambule de la directive 2014/24 sur les marchés publics dispose que les marchés publics doivent « *permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* »²⁴⁹⁰. Ainsi, « *le marché n'est plus seulement l'affaire des parties contractantes (...) il devient également l'enjeu d'une politique publique* »²⁴⁹¹. Dès lors, se pose la question de la place de ces nouveaux objectifs dans le droit de la commande publique. À cet égard, Laurent Richer s'interroge : « *les objectifs sociétaux entrent-ils en concurrence avec l'objectif d'ouverture du marché ? Ces différentes mesures sont-elles porteuses de restrictions à la concurrence et à la rationalité économique ?* »²⁴⁹². Il convient d'analyser la manière dont s'articulent les principes de la commande publique autour de la poursuite de ces « *objectifs secondaires* »²⁴⁹³ (II) nouvellement intégrés au droit de la commande publique (I).

²⁴⁸⁷ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²⁴⁸⁸ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*, préc.

²⁴⁸⁹ CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice Côte d'Azur*, n° 351570, *Rec. T.* p. 1009 ; *BJCP* 2012. 21, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 10, note P. Devillers.

²⁴⁹⁰ Cons. (2) du préambule de la directive 2014/24 préc.

²⁴⁹¹ F. DIEU, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive Marchés du 26 février 2014 », *BJCP* n° 96, p. 326.

²⁴⁹² L. RICHER, art. préc.

²⁴⁹³ M. KARPENSCHIF, art. préc., p. 418.

I : L'intégration des objectifs environnementaux et sociaux dans le droit positif.

Les directives du 26 février 2014 ne font pas mention de considérations sociales ou environnementales s'agissant des critères de sélection des candidatures²⁴⁹⁴. La directive 2014/24 sur les marchés publics prévoit seulement la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de demander la production de certificats attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de la qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées, ou à certains systèmes ou normes de gestion environnementale²⁴⁹⁵. Le préambule de la directive mentionne également l'hypothèse d'une exclusion au stade des candidatures « *des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour un manquement à des obligations environnementales ou sociales* »²⁴⁹⁶. Toutefois, le caractère hypothétique de la formulation employée et l'interrogation sur la valeur juridique des considérants du préambule de la directive minimisent la portée de cette énonciation. En outre, les directives disposent que les spécifications techniques peuvent être formulées « *en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, y compris de caractéristiques environnementales* »²⁴⁹⁷, notamment par référence à un écolabel²⁴⁹⁸, reprenant ainsi les acquis antérieurs du droit positif²⁴⁹⁹. En revanche, n'est pas mentionnée la prise en compte de considérations sociales dans la formulation des spécifications techniques, sauf dans le préambule de la directive sur les marchés publics²⁵⁰⁰.

La question est plus problématique s'agissant de l'intégration de critères environnementaux ou sociaux dans la sélection des offres, particulièrement dans le cadre des marchés publics²⁵⁰¹, tant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne. À l'origine, une conception stricte du lien entre l'objet du marché et les critères d'attribution prévaut en droit interne. Cette

²⁴⁹⁴ Art. 58 de la directive 2014/24 préc.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, Art. 62.

²⁴⁹⁶ *Ibid.*, Cons. (101).

²⁴⁹⁷ *Ibid.*, Art. 42 ; Art. 36 de la directive 2014/23 préc.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*, Art. 43.

²⁴⁹⁹ Art. 23 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service*, JOUE n° L 134 du 30/04/2004, p. 0114 – 0240.

²⁵⁰⁰ Cons. (99) de la directive 2014/24 préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs* ».

²⁵⁰¹ Sur cette question, v. notamment X. PINAUD, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, mémoire, PULIM, coll. Les cahiers du CRIDEAU, 2003.

conception repose sur « *la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »²⁵⁰².

Ainsi, les marchés publics doivent avoir pour unique objet la satisfaction d'un besoin économique distinct des autres objectifs d'intérêt général. Sauf à ce que le marché soit exclusivement animé par des préoccupations sociales ou environnementales, il n'est pas admis que les critères sociaux ou environnementaux soient en lien direct avec l'objet du marché²⁵⁰³. Par conséquent, ils ne peuvent être utilisés dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La prise en compte progressive des politiques publiques en droit de la commande publique vient nécessairement bouleverser cette conception stricte²⁵⁰⁴. À cet égard, le décret du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics²⁵⁰⁵ ajoute la prise en compte des objectifs de développement durable dans la détermination des besoins. Dès lors, les objectifs sociaux et environnementaux sont susceptibles « *de devenir des éléments constitutifs du meilleur achat* »²⁵⁰⁶, donc des critères d'attribution des marchés publics.

Abandonnant le principe de neutralité de la commande publique²⁵⁰⁷, et intégrant les évolutions du droit positif, le Conseil d'État²⁵⁰⁸ indique « *qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins, tels que définis à l'article 5 du code des marchés publics, compte tenu des objectifs de développement durable* »²⁵⁰⁹; ainsi, « *dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un*

²⁵⁰² D. PIVETEAU, concl. sur CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *AJDA* 2002, p. 47.

²⁵⁰³ CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, n° 159979, *Rec.* p. 364 ; *AJDA* 1997. 196, note S. Maljean-Dubois ; *D.* 1997. 110, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 369, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1997. 73, concl. S. Fratacci – CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 2002. 46, concl. D. Piveteau ; *RDI* 2002. 62, obs. M. Degoffe ; *RTD com.* 2002. 284, obs. G. Orsoni ; *CP-ACCP* 2001, n° 5, p. 30, note L. Richer.

²⁵⁰⁴ V. à cet égard l'article 58 de la loi du 18 juin 2005 de programmation pour la cohésion sociale qui insère dans la liste des critères de sélection des offres le critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficultés : Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 15 du 19 janvier 2005 p. 864.

²⁵⁰⁵ Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006, préc.

²⁵⁰⁶ G. PELLISSIER, concl. sur CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950, *BJCP* n° 89, p. 272.

²⁵⁰⁷ N. PORTE, « Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », *RDP* 2014, n° 5, p. 1256.

²⁵⁰⁸ CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950, *Rec.* p. 56 ; *BJCP* 2013, n° 89, p. 269, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2013. 1398 ; *JCP A* 2013, comm. 2150, note F. Jourdan ; *CP-ACCP* 2013, n° 133, p. 68, art. P. Tifine ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 131, note W. Zimmer.

²⁵⁰⁹ *Idem*, cons. 4.

marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres »²⁵¹⁰. Par conséquent, les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent recouvrir non seulement le résultat qu'il commande, mais aussi les moyens mis en œuvre pour le réaliser²⁵¹¹. Dès lors, la conception entre les critères d'attribution et l'objet du marché devient plus souple²⁵¹², et s'accorde avec l'esprit qui prévaut en droit de l'Union européenne.

En effet, par une conception souple du lien existant entre l'objet et les critères d'attribution du marché²⁵¹³, la Cour de justice admet assez tôt la prise en compte de considérations sociales²⁵¹⁴ ou environnementales²⁵¹⁵ pour décider de l'offre économiquement la plus avantageuse. Contraire à l'avis de la Commission²⁵¹⁶ et réceptionnée partiellement par le législateur européen²⁵¹⁷, cette jurisprudence est renforcée par une décision du 10 mai 2012 dans laquelle la Cour de justice confirme la possibilité de retenir des critères d'attribution sociaux ou environnementaux s'ils sont en lien avec l'objet du marché et s'ils n'ont pas pour effet d'installer une discrimination entre les candidats²⁵¹⁸. Cette évolution est confirmée par les nouvelles directives de 2014, qui intègrent les aspects sociaux²⁵¹⁹ et environnementaux²⁵²⁰ dans la liste des critères d'attribution et qui incorporent la notion nouvelle de « *coût du cycle*

²⁵¹⁰ *Idem.*

²⁵¹¹ G. PELLISSIER, concl. préc., p. 275.

²⁵¹² J. MARTIN, note sous CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, *AJDA* 2013 p. 1398.

²⁵¹³ N. PORTE, art. préc., p. 1278.

²⁵¹⁴ CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87, *Rec.* p. 04635 – CJCE, 26 septembre 2000, *Commission des Communautés européenne c/ France*, aff. C-225/98, *Rec.* p. I-07445 ; *AJDA* 2000. 1055, note C. Lambert ; *ibid.* 2001. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RDI* 2001. 61, obs. F. Llorens ; *Contrats et marchés publ.* 2000. comm. 91, note F. Llorens.

²⁵¹⁵ CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *Rec.* p. I-7213 ; *BJCP* 2003, p. 14, concl. Mischo ; *Dr. adm.* 2002, comm. 174, note A. Ménéménis ; *Europe* 2002, comm. 376, Berrod ; *AJDA* 2003. 433 note D. Blaise ; *Dr. env.* 2002, n° 103, note Ph. Cossalter.

²⁵¹⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, communication interprétative du 15 octobre 2001, *Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM [2001] 566 final, *JOCE* du 28 nov. 2001, pp. 12-16.

²⁵¹⁷ Seul le critère environnemental est mentionné dans la liste des critères d'attribution de l'article 53 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service. S'agissant des considérations sociales, la directive admet seulement la possibilité de les intégrer dans les conditions d'exécution du marché (art. 26).

²⁵¹⁸ CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10 ; *AJDA* 2012. 982 ; *RFDA* 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RTD eur.* 2013. 357, obs. A. Lawrence Durviaux ; *ibid.* 410, obs. P. Thieffry ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 209, note W. Zimmer.

²⁵¹⁹ Art. 67 de la directive 2014/24 préc. – Cons. 24, 66 et art. 41 de la directive 2014/23 préc.

²⁵²⁰ Art. 67 de la directive 2014/24 préc. – Cons. 24 et art. 41 de la directive 2014/23 préc.

de vie »²⁵²¹. L'intégration de ces nouveaux objectifs permet une analyse plus approfondie des fonctions propres des principes de liberté d'accès à la mise en concurrence et d'égalité de traitement des candidats.

II : Les conséquences de l'intégration sur les fonctions propres des principes.

Sans remettre en cause les objectifs traditionnels poursuivis par les principes²⁵²², le droit positif intègre de nouveaux objectifs dont les contrats de la commande publique sont les outils de réalisation. Les dispositions des directives du 26 février 2014 « *ne sont que l'amplification d'un mouvement entamé depuis plus de vingt ans, qui a vu les objectifs initiaux des directives « marchés publics » passer d'une stricte garantie de l'égalité de traitement, de la transparence et de la non-discrimination, à la prise en compte de critères économiques, sociaux et environnementaux* »²⁵²³. Il convient par conséquent d'analyser les fonctions propres des principes de liberté et d'égalité au regard de ces nouveaux objectifs du droit de la commande publique.

La prise en compte des considérations sociales et environnementales n'est pas problématique s'agissant de la liberté d'accès. D'une part, il paraît difficile d'intégrer des critères environnementaux ou sociaux au stade de l'examen des candidatures²⁵²⁴. En effet, ces objectifs n'ont pas de rapport avec les capacités techniques, professionnelles et financières des candidats. À ce titre, lorsqu'une autorité adjudicatrice intègre de telles considérations dans les critères de sélection des candidatures, le juge considère que ces exigences conduisent à évaluer non pas la capacité des candidats, mais la valeur des offres²⁵²⁵. D'autre part, il est assez aisé de déterminer si l'intégration de ces considérations dans la définition des spécifications techniques entrave l'accès de certains soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence²⁵²⁶. La liberté d'accès dispose d'une fonction précise qui empêche les références à des produits ou techniques non accessibles à tous. La clarté des textes est à cet égard

²⁵²¹ V., pour une définition de la notion, Ph. COSSALTER, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 10.

²⁵²² Il s'agit des objectifs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture des marchés à la concurrence : cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²⁵²³ P. COSSALTER, art. préc.

²⁵²⁴ F. DIEU, art. préc., p. 333.

²⁵²⁵ CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, préc.

²⁵²⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

probante²⁵²⁷. La prise en compte des considérations sociales et environnementales ne semble donc pas perturber les contours des fonctions propres de la liberté d'accès à la mise en concurrence.

La question est plus délicate s'agissant du principe d'égalité de traitement des candidats. La prise en compte des considérations sociales et environnementales dans la détermination des critères d'attribution est aujourd'hui une nécessité, puisque « *les impacts sociaux et environnementaux sont intégrés à l'appréciation du meilleur achat* »²⁵²⁸. Toutefois, c'est la substance même du principe d'égalité qui peut être remise en cause si les critères d'attribution n'ont pas un lien suffisamment étroit avec l'objet du contrat. Dans ce cadre, retenir de tels critères peut permettre à l'autorité adjudicatrice d'avantager de manière injustifiée un opérateur économique. Or si un critère « *peut discriminer les offres, il n'a pas le droit de discriminer les offreurs* »²⁵²⁹. C'est pour cette raison que le Conseil d'État fut réticent à admettre la légalité de tels critères pour des marchés dont l'objet exclusif n'était pas de répondre à un besoin en matière environnementale ou sociale. Par conséquent, la question est désormais de savoir dans quelle mesure il est possible de considérer qu'il y a un lien, même indirect, entre les critères d'attribution et l'objet du futur contrat. La réponse à cette interrogation réside dans la mutation de la notion de « besoin de l'autorité adjudicatrice », puisque l'objet des marchés publics est de répondre exclusivement aux besoins des acheteurs²⁵³⁰. Les directives opérant « *une internalisation des externalités* »²⁵³¹ dans le processus d'achat public, elles élargissent la conception initiale du besoin du pouvoir adjudicateur. Les contrats de la commande publique, notamment les marchés publics, ne sont plus seulement des outils permettant de répondre aux besoins propres des autorités adjudicatrices ; ils permettent également d'entreprendre une politique d'achat dont les finalités sont animées par la poursuite de l'intérêt général. Par conséquent, les fonctions du principe d'égalité de traitement doivent s'adapter à cette mutation des objectifs poursuivis par le droit de la commande publique.

²⁵²⁷ Art. 6 du Code des marchés publics – Art. 42 de la directive 2014/24 préc. – Art. 36 de la directive 2014/23 préc. – Art. 61 de la directive 2014/25 préc.

²⁵²⁸ L. RICHER, art. préc.

²⁵²⁹ D. PIVETEAU, concl. préc., p. 48

²⁵³⁰ Art. 5 du Code des marchés publics – Art. 4 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics préc. : « *les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

²⁵³¹ L. RICHER, art. préc.

Le droit positif, tout en admettant la prise en compte des objectifs sociaux et environnementaux, prévoit des mesures permettant d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats. Les directives du 26 février 2014 réaffirment explicitement le respect des principes de la commande publique dans la détermination des critères d'attribution des offres²⁵³², et veillent à ce que cette sélection « *ne confère pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur* »²⁵³³, ou « *une liberté de choix illimitée* »²⁵³⁴. En outre, le contrôle des juges sur le choix des critères d'attribution constitue un garde fou contre les dérives liées à l'intégration des objectifs sociaux et environnementaux dans le droit de la commande publique. Récemment, le Conseil d'État a reconnu que l'incertitude sur la mise en œuvre d'un critère de performance d'insertion professionnelle constituait un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence²⁵³⁵. Par conséquent, même s'il existe un lien indirect entre l'objet du contrat et les critères, ces derniers ne peuvent avoir pour effet d'avantager ou de désavantager de manière injustifiée un opérateur économique.

Ainsi, « *les objectifs environnementaux et sociaux ne relèvent plus de politiques secondaires ou horizontales, ils font partie des objectifs du droit des marchés publics au même titre que l'ouverture du marché intérieur* »²⁵³⁶. Si la liberté d'accès ne semble pas affectée par cette mutation des politiques publiques, les fonctions du principe d'égalité de traitement devront s'adapter à l'intégration d'objectifs dépassant la poursuite traditionnelle de l'efficacité de la commande publique, de la bonne utilisation des deniers publics et de l'ouverture du marché à la concurrence.

²⁵³² Art. 67 de la directive 2014/24 préc. – art. 41 de la directive 2014/23 préc.

²⁵³³ *Idem.*

²⁵³⁴ *Idem.*

²⁵³⁵ CE, 28 mai 2014, *Commune de Dijon c/ Société Carrard Services*, n° 375941 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 189, note W. Zimmer.

²⁵³⁶ L. RICHER, art. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La conception temporelle des principes de la commande publique, en donnant lieu à une définition des fonctions propres à chacun d'eux au sein de l'ensemble qu'ils forment, permet de préciser certains points du régime de la commande publique jusqu'alors ambigus. D'une part, le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence est précisé et étendu, dans la mesure où ce principe doit s'appliquer aux autorisations d'occupation du domaine des personnes publiques ainsi qu'aux contrats privés de la commande publique ne faisant pas l'objet de dispositions spécifiques. D'autre part, l'articulation des principes est plus compréhensible, s'agissant notamment du régime des modifications précontractuelles, ainsi que de l'intégration de nouvelles politiques publiques au droit de la commande publique. La conception temporelle des principes dispose donc de conséquences positives sur le régime du droit de la commande publique. Elle permet également d'éclaircir certains points du contentieux de la commande publique, notamment les pouvoirs des juges du référé et du plein contentieux.

Chapitre 2 :

Les implications sur le contentieux du droit de la commande publique.

Le contentieux du droit de la commande publique est souvent présenté de manière dichotomique avec, d'une part, les recours à l'initiative des tiers et, d'autre part, ceux à l'initiative des parties. Le contentieux à l'initiative des tiers peut être défini comme l'ensemble « *des recours ayant essentiellement pour objet de sanctionner la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence par l'administration dans l'exercice de ses compétences* »²⁵³⁷. En droit de la commande publique, le tiers « *recouvre des réalités aussi variables que le Préfet, l'usager, le contribuable* »²⁵³⁸, ainsi que les entreprises candidates à l'attribution du contrat, qui « *gravitent* »²⁵³⁹ autour de lui. Le contentieux des parties concerne l'ensemble des recours dont disposent les parties à un contrat, qui ont pour objet de résoudre les litiges liés à l'exécution ou à la validité du contrat.

La distinction tiers/parties n'est pas celle retenue pour analyser les impacts d'une définition des fonctions propres des principes sur le contentieux du droit de la commande publique. S'agissant des principes, une distinction s'impose entre le contentieux précontractuel et le contentieux contractuel. Ces deux contentieux disposent d'une logique foncièrement différente : la vérification de la légalité de la procédure de passation dans le cadre du contentieux précontractuel ; la sauvegarde du contrat dans le contentieux contractuel. Cette distinction contentieuse a des conséquences sur l'effectivité des principes de la commande publique. Ces derniers disposent d'un rôle fondamental dans le contentieux précontractuel, dans la mesure où ils constituent l'instrument principal aux mains du juge pour sanctionner les comportements contraires aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Leur impact est diminué dans le cadre du contentieux contractuel, puisque la sauvegarde du contrat semble aujourd'hui primer sur la légalité de la procédure de passation. À cet égard, le Conseil

²⁵³⁷ L. TALLET-PREUD'HOMME, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2014, p. 37.

²⁵³⁸ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 588.

²⁵³⁹ *Idem*.

d'État, faisant preuve d'un « *pragmatisme bienvenu* »²⁵⁴⁰, a revu l'office du juge du contrat, « *désormais plus sensible aux besoins de la stabilité juridique et aux exigences de loyauté des relations contractuelles* »²⁵⁴¹. Dans ce cadre, les fonctions des principes de la commande publique, dont l'objectif premier est la préservation de la légalité du processus d'achat au détriment de la préservation du contrat, disposent de moins de portée qu'en contentieux précontractuel.

Par conséquent, les implications d'une définition des fonctions propres des principes sont manifestes dans le contentieux précontractuel, mais amoindries dans le contentieux contractuel. Dans le cadre du référé précontractuel, cette conception temporelle permet essentiellement d'établir une échelle principielle des sanctions, dont la mise en œuvre dépend du principe auquel il est porté atteinte (**Section 1**). S'agissant des recours contre le contrat, la conception temporelle permet seulement de préciser quel type d'irrégularité peut éventuellement aboutir à la disparition du contrat (**Section 2**).

Section 1 : Les implications d'une définition des fonctions propres sur le contentieux précontractuel.

Le contentieux précontractuel est essentiellement fondé sur l'utilisation, par les tiers, d'un recours spécifique au droit de la commande publique : le référé précontractuel, qui constitue la « *pièce maîtresse* »²⁵⁴² des procédures à disposition des tiers. Ce recours trouve son origine dans le droit dérivé de l'Union européenne. Dans l'objectif de garantir « *l'impératif d'efficacité des recours visant à assurer le respect des règles communautaires* »²⁵⁴³, le législateur de l'Union adopte deux directives²⁵⁴⁴, révisées

²⁵⁴⁰ C. BERGEAL, F. LENICA, *Le contentieux des marchés publics*, éd. Le. Mon., coll. Essentiel experts, 2^{ème} éd., 2010, p. 8.

²⁵⁴¹ *Idem.*

²⁵⁴² J. GOURDOU, Ph. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014, p. 2055.

²⁵⁴³ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.* p. I-02433 ; *AJDA* 1990. 832, note Le Mire ; *RFDA* 1990. 912, note J.-C. Bonichot.

²⁵⁴⁴ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *JOCE* n° L 395 du 30.12.1989 p. 0033-0035 – Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et

ensuite²⁵⁴⁵, qui imposent aux États membres de prendre « *les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises (...) peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible (...) au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit* »²⁵⁴⁶. Ces directives ont été transposées²⁵⁴⁷ en droit interne par la création d'un recours spécifique, le référé précontractuel, dont la mise en œuvre vise à assurer le respect du droit de la commande publique. Ce recours permet de sanctionner, avant la signature du contrat, les atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit donc d'un recours engagé contre la procédure de passation, et non contre le contrat lui-même. À cet égard, le référé précontractuel poursuit un objectif préventif de « *sanction/correction* »²⁵⁴⁸ qui permet de s'assurer de la légalité de la procédure avant la signature du contrat.

Le juge du référé précontractuel est amené à manier les principes fondamentaux de la commande publique, dont il doit assurer le respect. À cet égard, la définition des fonctions propres des principes permet de préciser certains aspects du contentieux précontractuel. Après avoir analysé les caractéristiques classiques du référé précontractuel (**Paragraphe 1**), il convient de démontrer que l'aspect temporel des fonctions des principes permet de systématiser une échelle principielle des sanctions (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les caractéristiques classiques du référé précontractuel.

Trois conditions de recevabilité sont nécessaires pour introduire un référé précontractuel : le contrat doit avoir le caractère d'un contrat de la commande publique ; le

administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE* n° L 76 du 23.3.1992, p. 14.

²⁵⁴⁵ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE* 20.12.2007, p. L 335/31.

²⁵⁴⁶ Directives 89/665 et 92/13 préc.

²⁵⁴⁷ Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, *JORF* n°5 du 7 janvier 1992 p. 327 – Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JORF* n°1 du 1 janvier 1994 p. 10 – Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JORF* n°0107 du 8 mai 2009 p. 7796.

²⁵⁴⁸ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 41.

requérant doit avoir un intérêt à conclure le contrat ; le recours doit être engagé avant la signature du contrat (A). Lorsqu'il est saisi, le juge du référé précontractuel ne peut mettre en œuvre ses pouvoirs qu'après avoir vérifié l'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant (B). En fonction des irrégularités commises, le juge du référé prend une sanction dont le choix peut être encadré au moyen de la conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique.

A : Les conditions de recevabilité du référé précontractuel.

La première condition de recevabilité du référé précontractuel tient à la qualité du requérant. Les personnes habilitées à engager un tel recours « *sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local* »²⁵⁴⁹. Les personnes ayant un intérêt à conclure le contrat sont celles qui ont vocation à exécuter les prestations objet du contrat²⁵⁵⁰. Il s'agit des candidats évincés de la procédure de passation mais également des candidats potentiels qui n'ont pas été mis à même de présenter une offre en raison de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, ou qui ont un intérêt à conclure le contrat du seul fait de leur spécialité professionnelle²⁵⁵¹.

La deuxième condition de recevabilité tient à la nature du contrat²⁵⁵². Le recours est recevable contre les contrats administratifs « *ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de*

²⁵⁴⁹ Art. L551-10 du Code de justice administrative. Il est ajouté que « *sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise* ». Ce pouvoir n'a jamais été utilisé.

²⁵⁵⁰ CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, n° 152484, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 1995. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 68, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy.

²⁵⁵¹ CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, n° 307143, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2009. 54, note P. Labayle-Pabet et N. Gardères ; *RDI* 2008. 503, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 226, obs. J.-P. Piétri ; *JCP A* 2008. 2213, obs. F. Linditch – CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, n° 350431, *Rec.* p. 447 ; *AJDA* 2011. 1868 et 2508, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser ; *RJEP* 2012, comm. 48, concl. B. Dacosta ; *Contrat et marchés publ.* 2011, comm. 316, note J.-P. Piétri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 96, note F. Brenet ; *JCP A.* 2012, comm. 2036, note F. Linditch.

²⁵⁵² Il s'agit bien de contrat, par conséquent, les délégations de service public unilatérales n'entrent pas dans le champ d'application du référé précontractuel : CE, 13 juillet 2007, *Commune de Rosny-sous-Bois*, *Société*

fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique »²⁵⁵³. Cette définition englobante des contrats entrant dans le champ d'application du référé précontractuel est issue de l'ordonnance du 7 mai 2009²⁵⁵⁴ ainsi que de la loi du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique²⁵⁵⁵. Il s'agit de l'ensemble des contrats dont la conclusion est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, en vertu d'un texte ou des principes fondamentaux de la commande publique²⁵⁵⁶. Les avenants sont également susceptibles de faire l'objet d'un tel recours s'ils sont soumis au juge des référés avant leur signature²⁵⁵⁷. En revanche, le recours demeure fermé aux conventions d'occupation domaniale, même si leur conclusion a fait l'objet d'une procédure de passation spontanée²⁵⁵⁸, ainsi qu'aux contrats de subvention²⁵⁵⁹. Le juge n'étant pas lié par la qualification donnée par les parties au contrat, il examine systématiquement les caractéristiques du contrat pour déterminer s'il entre ou non dans le champ d'application du référé précontractuel²⁵⁶⁰.

Autobus du Fort, n° 299207 ; *AJDA* 2007. 2221 ; *BJCP* 2007. 444, concl. N. Boulouis, obs. Ch. M. ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 282, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2007, comm. 150, note A. Ménéménis.

²⁵⁵³ Art. L551-1 et L551-5 du Code de justice administrative. Il s'agit donc : des marchés publics soumis au Code des marchés publics, des marchés publics passés par des personnes publiques non soumis au Code des marchés publics, des délégations de service public, des concessions de travaux, des marchés passés par les concessionnaires de travaux publics, des concessions d'aménagement, des contrats de partenariat, des baux emphytéotiques hospitaliers, des autorisations d'occupation temporaire conclus pour les besoins de la justice, de la police, de la gendarmerie nationale ou de la défense et des contrats dont l'objet est la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une SEMOP conformément à la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

²⁵⁵⁴ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, préc.

²⁵⁵⁵ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, *JORF* n°0151 du 2 juillet 2014, p. 10897.

²⁵⁵⁶ CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 35797, *Rec.* p. 258 ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012. 1314 ; *ibid.* 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI* 2012. 560, obs. S. Braconnier ; *JCP Adm.* 2012, act. 469 ; *JCP A* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2012, repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, F. Brenet.

²⁵⁵⁷ CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *Rec.* p. 270 ; *AJDA* 2008. 1407 ; *ibid.* 1816, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *RTD com.* 2009. 87, obs. G. Orsoni ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 187, note J.-P. Pietri.

²⁵⁵⁸ CE, 29 mai 2000, *SCP d'architectes Legleye*, n° 204239, *Rec.* p. 190 ; *AJDA* 2000. 669 ; *RDI* 2000. 558, obs. F. Llorens – CE, 19 janvier 2011, *CCI Pointe-à-pitre*, n° 341669, *Rec. T.* p. 1001 ; *AJDA* 2011. 139, et 1330, note P. Caille ; *Contrats et marchés et publ.* 2011. comm. 86, note G. Eckert ; *BJCP* 2011, n° 75, p. 101, concl. N. Boulouis ; *RLCT* 2011, n° 66, p. 46, chron. E. Glaser.

²⁵⁵⁹ CE, sect., 26 mars 2008, *Région Réunion*, n° 284412, *Rec.* p. 114 ; *AJDA* 2008. 671 ; *ibid.* 1152, note J.-D. Dreyfus ; *RTD com.* 2008. 694, obs. G. Orsoni ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 90, note G. Eckert – CE, sect., 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, *Rec.* p. 255. ; *AJDA* 2011. 1515, note J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2011. 467, obs. D. Fausser ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 195, note G. Eckert.

²⁵⁶⁰ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc. – CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, n° 212100, *Rec.* p. 282 ; *BJCP* 2000, p. 355, concl. C. Bergeal ; *RFDA* 2000, p. 797, note S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2000, comm. 17, note F. Llorens ; *D.* 2001, *AJ*, n° 9, p. 733, note L. Bordereaux ; *RDI.* 2000, p. 549, obs. L. Vallée ; *RTD com.* 2000. 876, obs. G. Orsoni – CE, 3 juin 2009,

La dernière condition de recevabilité du référé précontractuel est temporelle. Le juge doit être saisi avant la conclusion du contrat²⁵⁶¹ et ne dispose donc pas de la compétence pour se prononcer sur la régularité de la signature du contrat²⁵⁶². Si la requête est déposée après la signature du contrat, le juge rejette la demande comme étant irrecevable²⁵⁶³. En revanche, lorsque la signature du contrat intervient en cours d'instruction, le juge prononce un non-lieu à statuer, la requête étant devenue sans objet²⁵⁶⁴. Ces deux règles contentieuses sont transposables au juge de cassation²⁵⁶⁵. La question s'est posée du bien-fondé du recours lorsque le délai de validité des offres est expiré en raison d'une procédure devant le juge des référés. À cet égard, le Conseil d'État²⁵⁶⁶ considère que l'expiration du délai de validité des offres en cours d'instruction ne rend pas le litige sans objet, dans la mesure où la personne publique peut poursuivre la procédure de passation avec les candidats qui acceptent la prorogation ou le renouvellement du délai de validité de leur offre. Afin d'éviter une course à la signature, le droit positif prévoit un mécanisme de suspension automatique de la signature dès l'introduction du recours²⁵⁶⁷, à condition que le demandeur respecte ses obligations de notifications prévues à l'article L551-1 du Code de justice administrative²⁵⁶⁸.

Le référé précontractuel doit donc être exercé avant la signature d'un contrat de la commande publique, par un opérateur économique ayant un intérêt à conclure le contrat. Lorsque ces

Commune de Saint-Germain-en-Laye, n° 311798 ; *BJCP* 2009, p. 365, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 379, note W. Zimmer ; *RDI* 2009. 470, obs. R. Noguellou.

²⁵⁶¹ Art. L551-1 du Code de justice administrative.

²⁵⁶² CE, 8 mars 1996, *Société CGC Entreprise*, n° 156510, *Rec. T.* p. 1022 – CE, 8 février 1999, *Société Campenon Bernard SGE*, n° 188100, *Rec. T.* p. 890 ; *RDI* 1999. 250, obs. F. Llorens ; *BJCP* 1999. 361, concl. C. Bergeal – CE, 7 mars 2005, *Société Grandjouan-Saco*, n° 270778, *Rec.* p. 96 ; *AJDA* 2005. 1298, note S. Hul ; *RFDA* 2005. 1094, note M.-C. Vincent-Legoux ; *D.* 2005. 2732, note J. Martin ; *JCP A* 2005. 1202, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 6, obs. J.-P. Piétri.

²⁵⁶³ CE, Sect., 3 novembre 1995 *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304, *Rec.* p. 394 ; *AJDA* 1995. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 67, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy – CE, 22 mars 2000, *Commune de Sotteville-Lès-Rouen*, n° 211861 – CE, 28 mai 2003, *Société PK7 Certinomis*, n° 251719, *Rec. T.* p. 916 ; *Dr. adm.* 2003, comm. 189, note D. P.

²⁵⁶⁴ CE, 15 avril 1996, *SARL Simone Ginibre entreprise*, n° 159871 ; *RDI* 1996. 372, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

²⁵⁶⁵ Pour l'irrecevabilité de la requête : CE, 28 février 2001, *SNC Jean Lefebvre Normandie*, n° 221301 – CE, 2 juin 2004, *SARL Grammatico TP*, n° 263761 – CE, 10 novembre 2004, *Atelier d'architecture SAS*, n° 264628. Pour le non-lieu à statuer : CE, 28 décembre 2001, *Société Lacombe*, n° 223047, *Rec.* p. 686 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 64, F. Llorens – CE, 29 mars 2004, *Communauté de communes du centre littoral*, n° 258114, *Rec.* p. 145 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 123, note F. Llorens.

²⁵⁶⁶ CE, 10 avril 2015, *Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, Société Hélicocéan*, n° 386912 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 159, note J.-P. Piétri.

²⁵⁶⁷ Art. L551-4 et L551-9 du Code de justice administrative.

²⁵⁶⁸ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-Metz*, n° 350148, *Rec.* p. 450 ; *AJDA* 2012. 108, note R. Grand ; *RDI* 2011. 562, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2012. 154, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 334, note J.-P. Piétri.

conditions sont réunies, le juge du référé examine l'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant.

B : Les conditions d'octroi du référé précontractuel.

Deux conditions doivent être satisfaites pour que le juge du référé précontractuel puisse faire usage de ses pouvoirs (I). D'une part, il doit être établi un manquement de l'autorité adjudicatrice à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. D'autre part, le manquement constaté doit être susceptible de léser ou risque de léser le requérant. Ces deux conditions sont appréciées à la date à laquelle le juge statue²⁵⁶⁹. Si l'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant sont avérées, le juge du référé précontractuel statue sur la demande du requérant. À cet égard, il dispose d'une large palette de pouvoirs lui permettant d'adapter sa décision aux manquements invoqués (II).

I : L'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant.

Les moyens invocables par les requérants sont tous les « *manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁵⁷⁰ qui résultent du droit interne ou européen en l'absence de disposition nationale applicable²⁵⁷¹, ainsi que des principes fondamentaux de la commande publique en l'absence de texte spécifique²⁵⁷². Tout autre moyen soulevé par le requérant est déclaré inopérant, sans que le juge en apprécie le bien-fondé. Par conséquent, le

²⁵⁶⁹ CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054, *Rec.* p. 422 ; *AJDA* 2001. 662, note A. Treppoz ; *RFDA* 2001. 106, concl. C. Bergeal ; *RTD com.* 2001. 415, obs. G. Orsoni ; *BJCP* 2001. 105, concl. C. Bergeal.

²⁵⁷⁰ Art. L551-1 et L551-5 du Code de justice administrative.

²⁵⁷¹ TA Nice, ord., 6 décembre 2006, *Société Cirmad Grand Sud*, n° 0605880 – TA Bordeaux, ord., 26 novembre 2007, *Société Norbail-Immobilier*, n° 0704671 – TA Paris, 3 février 2009, *Société Ken Club*, n° 0900393.

²⁵⁷² CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2009. 1889, note F. Train ; *RFDA* 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux ; *Dr. adm.* 2009, no 68, note L. Battoue ; *BJCP* 2009. 268, concl. B. Dacosta, obs. Ch. M. ; *RLCT* 2009, n° 1403, note A. Sée ; *JCP A* 2009. 2148, note F. Dieu ; *RDP* 2010. 217, art. G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 162, note P. Soler-Couteaux – CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, préc. – CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. DACOSTA, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

requérant ne peut soulever des moyens relatifs à l'incompétence de l'autorité adjudicatrice²⁵⁷³, au droit de la concurrence²⁵⁷⁴, à des vices de forme et de procédure sans rapport avec les obligations de publicité et de mise en concurrence²⁵⁷⁵, ou à l'appréciation portée sur les mérites respectifs des candidats²⁵⁷⁶. Une exception est permise depuis un arrêt du Conseil d'État du 18 septembre 2015, *CNAM*²⁵⁷⁷, qui réceptionne la jurisprudence *Société Armor SNC* sur la candidature des personnes publiques²⁵⁷⁸. Les sages du palais royal indiquent, de manière classique, que le juge du référé précontractuel doit s'assurer que « *l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ». Ils ajoutent que dans ce cadre, « *lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier [le juge du référé précontractuel] que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu* ». Par conséquent, abjurant la jurisprudence *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*²⁵⁷⁹ sur ce point, le Conseil d'État admet l'invocabilité des moyens tirés de l'incompétence des personnes publiques dans le cadre du référé précontractuel.

En outre, et afin de conférer une pleine efficacité au recours, la jurisprudence interprète largement la catégorie des moyens pouvant être soulevés par les requérants. Selon Catherine

²⁵⁷³ CE, 30 juin 1999, *Demathieu et Bard*, n° 198993, *Rec. T.* p. 890 ; *RDI* 1999. 648, obs. F. Llorens – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault.

²⁵⁷⁴ CE, 5 juin 2007, *Société Corsica ferries*, n° 305280, *Rec. T.* p. 953 ; *AJDA* 2007. 1522, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 253, obs. G. Eckert ; *JCP A* 2007. 2163, note F. Linditch.

²⁵⁷⁵ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presqu'île guérandaise*, préc. – CE, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte*, n° 300034, *Rec.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2039 ; *BJCP* 2009. 48, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 298, note E. Delacour – CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau*, n° 311949, *Rec. T.* p. 828 ; *AJDA* 2009. 230 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 163, note W. Zimmer

²⁵⁷⁶ CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412, *Rec. T.* p. 1051 – CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers – CE, 18 juin 2010, *Société SAUR*, n° 335475, n° 335485. En revanche, le contrôle sur l'appréciation des candidatures semble plus large : CE, 28 avril 2006, *Société Abraham Bâtiment Travaux Publics*, n° 286443, *Rec. T.* p. 953 ; *RDI* 2006. 221, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 188, note W. Zimmer – CE, 21 mars 2007, *Société nantaise des eaux*, n° 293933 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 154, note E. Delacour.

²⁵⁷⁷ CE, 18 septembre 2015, *CNAM*, n° 390041, sera mentionné aux tables du recueil.

²⁵⁷⁸ CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, à paraître au recueil ; *RFDA* 2015, 57, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2015. 7 ; *AJDA* 2015, 449., chron. J. Jessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *AJCT* 2015. 58., note E. Royer ; *JCP A* n° 6, 2015, comm. 2030, comm. H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 36, note L. de Fournoux ; *Dr. adm.* 2015, comm. 7, note F. Brenet.

²⁵⁷⁹ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, préc.

Bergeal, « *une interprétation large (...) est d'autant plus possible que la plupart des dispositifs régissant la passation d'une délégation ou d'un marché public ont pour objectif de respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁵⁸⁰. Les obligations de publicité comprennent toutes les modalités *ex ante* permettant l'intelligibilité de la procédure²⁵⁸¹ et l'accès des candidats potentiels à l'information²⁵⁸². Il est plus difficile de déterminer de manière exhaustive ce que recouvrent les obligations de mise en concurrence à la charge de l'autorité adjudicatrice. Selon Laura Tallet-Preud'homme, « *une définition univoque des obligations de mise en concurrence ne semble pas exister à partir du moment où le juge lui-même éprouve des difficultés à les circonscrire ou, à tout le moins, ne les identifie qu'au prisme de principes, tels que la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence et l'impartialité des procédures* »²⁵⁸³. À cet égard, il est possible de se demander si l'examen des moyens ne serait pas plus pertinent au regard des principes de la commande publique. Dans ce cas, les moyens recevables seraient l'ensemble des manquements aux principes fondamentaux de la commande publique.

En outre, sans dresser une liste exhaustive, sont recevables les moyens relatifs à l'absence de toute mesure de publicité²⁵⁸⁴, à l'irrégularité dans le choix des supports de publicité²⁵⁸⁵, à l'insuffisance d'information sur la nature et l'étendu des besoins²⁵⁸⁶ ou sur les critères et sous-critères de sélection des candidatures et des offres²⁵⁸⁷, au recours à une procédure de passation

²⁵⁸⁰ C. BERGEAL, concl. sur CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presque île guérandaise*, *BJCP* 2000, n° 12, p. 361.

²⁵⁸¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁵⁸² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁵⁸³ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 91.

²⁵⁸⁴ CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc.

²⁵⁸⁵ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n° 278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, comm. 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

²⁵⁸⁶ CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600, *Rec. T.* p. 807 ; *AJDA* 2008. 2040 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 275, obs. G. Eckert – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, n° 310380 ; *AJDA* 2009. 614 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 275, obs. G. Eckert – CE, 1^{er} juin 2011, *Commune de Saint-Benoît*, n° 345649, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 1118 ; *AJCT* 2011. 466, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 196, note W. Zimmer – CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Société Dalkia France*, n° 354355, *Rec.* p. 88 ; *AJDA* 2012. 524, obs. R. Grand ; *BJCP* 2012, p. 188, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 145, obs. J.-P. Pietri ; *RDI* 2012. 279, obs. S. Braconnier.

²⁵⁸⁷ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *Rec.* p. 4 ; *BJCP* n° 64, juin 2009, p. 201, concl. B. Dacosta ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer – CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n° 70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14 – CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 ; *Rec.* p. 211 ; *BJCP* n° 72, p. 337, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2010. 1234 ; *RDI* 2010. 555, obs. R.

inadéquate²⁵⁸⁸, à la méthode de notation retenue²⁵⁸⁹, à l'impartialité de l'organisme collégial²⁵⁹⁰, à une rupture d'égalité dans la mise en œuvre de la procédure de passation²⁵⁹¹, à l'absence de communication des motifs de rejet des candidatures ou des offres²⁵⁹².

S'agissant de l'opérance des moyens²⁵⁹³, le juge doit « *rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirect en avantageant une entreprise concurrente* »²⁵⁹⁴. Avant cette décision *SMIRGEOMES* qui porte un « *coup d'arrêt* » au référé précontractuel²⁵⁹⁵, les requérants pouvaient invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, sans démontrer que ce manquement avait été susceptible de les léser. Désormais, le requérant

Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 271, note Ph. Rees.

²⁵⁸⁸ CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont de Barr*, n° 188239, *Rec.* p. 201 ; *RFDA* 199. 609, concl. H. Savoie ; *AJDA* 1998. 632 ; *ibid.* 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *D.* 1998. 183 ; *RDI* 1998. 357, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, *Rec. T.* p. 829 ; *AJDA* 2010. 686, note J.-M. Glatt ; *ibid.* 2009. 2432 ; *RDI* 2010. 150, obs. S. Braconnier ; *JCP A.* 2010. 2049, note P. Neveu ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 58, note W. Zimmer – CE, 11 mars 2013, *Association des chambres françaises de commerce et d'industrie et Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551 et 364603 ; *AJDA* 2013. 600 ; *AJCT* 2013. 419, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 130, note W. Zimmer.

²⁵⁸⁹ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652 et n° 354709, *Rec. T.* p. 858 ; *AJDA* 2012. 790 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 198, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2012, 2327, concl. N. Boulouis – CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532, *Rec. T.* p. 1021 ; *JCP A* 2013, 21, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 28, note W. Zimmer – CE, 29 octobre 2013, *OPH Val d'Oise Habitat*, n° 370789 ; *AJDA* 2013. 2183 ; *AJCT* 2014. 111, obs. O. Didriche *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 4, note P. Devillers.

²⁵⁹⁰ CE, 27 juillet 2001, *Société Degrémont*, n° 232820, *Rec.* p. 413 ; *BJCP* 2001, p. 512, concl. D. Piveteau ; *Dr. adm.* 2001, comm. 229, obs. D.P. ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 185, G. Eckert ; *RDI.* 2002, p. 63, chron. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus.

²⁵⁹¹ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, préc. – CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de saint martin de Ré et la flotte en ré*, n° 223481, *Rec.* p. 265 ; *BJCP* 2001. 415, concl. Piveteau, note Ph. T ; *Dr. adm.* 2001, n° 185, note D. P. ; *AJDA* 2001. 1090, note Markus.

²⁵⁹² CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n° 253509, *Rec. T.* p. 771 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 50, note J.-P. Pietri ; *BJCP* 2004, p. 219 ; *AJDA* 2004. 710, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP*, avr. 2004, p. 77, note M. Heintz ; *JCP A* 2004, p. 364, note F. Linditch.

²⁵⁹³ Sur la question de savoir si ces moyens relèvent de l'opérance ou de l'irrecevabilité voir notamment : P. CASSIA, note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *AJDA* 2008, p. 2374 – P. DELVOLVÉ, note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *RFDA* 2008, p. 1139.

²⁵⁹⁴ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Rec.* p. 324, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A* 2008, comm. 2262, note F. Linditch ; *RJEP* 2009, comm. 8, note F. Brenet ; *RFDA* 2008. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP* 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA* 2008. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *ibid.* 2374, note P. Cassia ; *LPA* 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul ; *BJCP* 2008, p. 394, chron. Th. Dal Farra ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri.

²⁵⁹⁵ S. BRACONNIER, « Référé précontractuel : brutal coup d'arrêt », note sous CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *RDI* 2008, p. 499. F. Linditch évoque l'existence d'un véritable foudroiement du référé précontractuel : « Le référé précontractuel foudroyé ? », note sous CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *JCP A* 2008. 2262.

doit démontrer que le manquement a eu un effet défavorable sur sa situation, de manière directe ou indirecte en avantageant un autre candidat²⁵⁹⁶. Par conséquent, et de manière automatique, le candidat déclaré attributaire est privé de tout intérêt à agir en référé précontractuel²⁵⁹⁷. Dans le même sens, une entreprise dont la candidature ou l'offre est irrecevable n'est pas susceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque²⁵⁹⁸, sauf si l'irrégularité découle d'une erreur de l'autorité adjudicatrice²⁵⁹⁹. En outre, cette dernière ne peut opposer l'irrecevabilité d'une candidature pour faire échec à l'exercice du référé précontractuel si elle n'a pas demandé une régularisation lors de la procédure ou si elle n'a pas entendu rejeter la candidature pour ce motif²⁶⁰⁰. En cas d'allotissement, le requérant ne peut soulever des moyens qu'en rapport avec la passation des lots auxquels il a candidatés²⁶⁰¹, sauf si le moyen soulevé est relatif à une partie commune à l'ensemble des lots²⁶⁰². Cette logique confère un caractère « utile » au référé précontractuel, qui peut être introduit seulement s'il présente un intérêt propre au requérant²⁶⁰³. Cette subjectivisation²⁶⁰⁴ du référé précontractuel a pour effet de réduire les irrégularités invocables et diminue sensiblement le risque de sanction pesant sur les autorités adjudicatrices en charge des procédures de passation. Le lien entre le manquement et la lésion du requérant doit être suffisamment vraisemblable, mais n'a pas à présenter un caractère certain²⁶⁰⁵.

Le juge des référés précontractuels apprécie l'opérance du moyen soulevé « *eu égard à sa portée* »²⁶⁰⁶. Il doit donc examiner le degré de gravité du manquement ainsi que ses conséquences potentielles ou avérées sur la situation du requérant. Si les manquements invoqués ne sont pas susceptibles d'avoir lésé le requérant ou ne risquent pas de le léser, le

²⁵⁹⁶ Cette exigence ne concerne que la catégorie des candidats, et n'est pas exigée dans le cadre du référé préfectoral, ni dans le cadre du recours introduit par les autorités françaises sur demande de la Commission européenne).

²⁵⁹⁷ CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, préc.

²⁵⁹⁸ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, préc.

²⁵⁹⁹ CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel*, n° 353826, *Rec.* p. 86 ; *AJDA* 2012. 521 ; *AJCT* 2012. 261, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 147, note N. Charneil.

²⁶⁰⁰ CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique, Eiffage construction Pays de la Loire*, n° 384180 ; *AJDA* 20134. 2392 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 52, note J.-P. Piétri.

²⁶⁰¹ CE, 23 juillet 2012, *Commune de Villefranche-sur-Mer*, n° 358779.

²⁶⁰² CE, 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, n° 298863, *Rec.* p. 953 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 255, note J.-P. Piétri.

²⁶⁰³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 156.

²⁶⁰⁴ La jurisprudence antérieure à la décision *SMIRGEOMES* reposait sur une conception objective du référé, puisque tout manquement aboutissait au prononcé d'une sanction : CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, n° 213958, *Rec. T.* p. 1003 ; *RDI* 2001. 62, obs. F. Llorens.

²⁶⁰⁵ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, n° 344617, *Rec. T.* p. 1005 ; *AJDA* 2011. 877 ; *AJCT* 2011, obs. J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2011. 268, concl. N. Boulouis ; *RJEP* 2011, comm. 50, note D. Moreau.

²⁶⁰⁶ CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

moyen est déclaré inopérant. C'est par exemple le cas des moyens relatifs au support ou au contenu de la publicité initiale dès lors que les manquements invoqués n'ont pas empêché le requérant de présenter utilement une offre²⁶⁰⁷ ou d'engager valablement un référé précontractuel²⁶⁰⁸. C'est également le cas du moyen tiré de l'erreur commise par l'autorité adjudicatrice au titre d'un critère pour lequel le requérant a obtenu la note maximale²⁶⁰⁹. En revanche, est opérant le moyen tiré de l'absence d'information sur les critères d'attribution²⁶¹⁰, du manquement à l'obligation d'allotir un marché pour une entreprise de petite taille spécialisée dans la prestation concernée²⁶¹¹.

L'opérance du moyen soulevé s'apprécie également « *eu égard (...) au stade de la procédure auquel il se rapporte* »²⁶¹². Par conséquent, le temps peut constituer une grille de lecture permettant d'apprécier l'existence d'une lésion du requérant. Ainsi, « *par un mécanisme d'effet cliquet, plus la procédure avance, moins le candidat évincé peut invoquer une illégalité commise à son détriment* »²⁶¹³. Il est en effet logique que l'opérateur économique dont la candidature a été admise ne puisse se prévaloir de manquements qui se rapportent à une phase antérieure à la sélection de sa candidature²⁶¹⁴. Dans le même sens, si le requérant a été admis à présenter une offre, il ne peut se prévaloir d'un manquement relatif à la phase antérieure de candidature ou de publicité préalable²⁶¹⁵, sauf si l'admission illégale d'un candidat crée une concurrence nuisible pour lui²⁶¹⁶. En outre, lorsque la candidature ou l'offre du requérant est irrégulière, il ne peut invoquer une illégalité relative à la phase de sélection des offres²⁶¹⁷.

²⁶⁰⁷ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n°317671, *Rec. T.* p. 840 ; *AJDA* 2009. 1174 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 86, obs. W. Zimmer ; *RJEP* 2010. 17, note C. Chamard-Heim.

²⁶⁰⁸ CE, 23 juin 2010, *Commune de Châtel*, n° 336910 ; *JCP A* 2010, 2270, obs. F. Linditch.

²⁶⁰⁹ CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, *Rec. T.* p. 858 ; *AJDA* 2013. 891 ; *AJCT* 2013. 466, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 306, note W. Zimmer.

²⁶¹⁰ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁶¹¹ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles*, n° 340212 ; *AJDA* 2011. 514, note Y. Le Port et S. Hul ; *AJCT* 2011. 32, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 403, obs. P. Devillers ; *JCP A* 2010. 2362, note F. Linditch – CE, 1^{er} juin 2011, *Société Koné*, n° 346405, *Rec.* p. 266 ; *AJDA* 2011. 1108 ; *AJCT* 2011. 568, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2011. 893, obs. J.-P. Kovar ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 219, note J.-P. Piétri.

²⁶¹² CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²⁶¹³ P. CASSIA, note préc.

²⁶¹⁴ CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire et autres*, n° 310484, *Rec. T.* p. 635 ; *AJDA* 2008. 2141 ; *RDI* 2009. 108, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 299, note W. Zimmer ; *JCP A* 2008, 2297, obs. F. Linditch.

²⁶¹⁵ CE, 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, n° 316601 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 243, obs. F. Llorens ; *BJCP* 2009, n° 66, p. 426.

²⁶¹⁶ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, préc. – N. BOULOUIS, concl. sur CE 29 avril 2011, *Ministre de la justice*, *BJCP* n° 77, p. 268.

²⁶¹⁷ CE, 5 août 2009, *Département de la Drôme*, n° 320039 – CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel*, préc.

L'appréciation du juge est donc fonction de la portée et du moment de la réalisation du manquement invoqué ; elle est à ce titre casuistique. Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le juge met en œuvre la palette de pouvoirs dont il dispose pour faire cesser l'atteinte aux règles de la commande publique.

II : L'hétérogénéité des pouvoirs du juge.

Dans le cadre du référé précontractuel, le juge statue « *en la forme des référés* »²⁶¹⁸ mais dispose de pouvoirs de pleine juridiction lui permettant d'adopter des mesures provisoires ou définitives pour faire cesser l'atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence²⁶¹⁹. Pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs, « *le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat (...). Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* »²⁶²⁰. Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'annulation mais peut « *prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis* »²⁶²¹. Le juge du référé précontractuel dispose également de la réserve de statuer *ultra-petita*, c'est-à-dire au-delà des demandes formulées par les requérants²⁶²². Il peut par exemple annuler la procédure de passation alors qu'il ne lui ait demandé que la suspension de celle-ci²⁶²³. Plus largement, le juge peut « *en vertu des pouvoirs de plein contentieux qu'il tient de l'article L551-1 du Code de justice administrative,*

²⁶¹⁸ Art. L551-3 du Code de justice administrative.

²⁶¹⁹ CE, 29 juillet 1998, *Garde des Sceaux c/ Société Genicorp*, n° 177952, *Rec. T.* p. 1017 ; *RDI* 1999. 87, obs. F. Llorens.

²⁶²⁰ Art. L551-2-I du Code de justice administrative.

²⁶²¹ Art. L551-6-I du Code de justice administrative.

²⁶²² CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234, *Rec.* p. 434 ; *AJDA* 2006. 2340, concl. D. Casas ; *ibid.* 2007. 782, ét. F. Dieu ; *BJCP* 2007. 36, note C. Maugué ; *Dr. adm.* 2007, comm. 21, obs. A. Ménéménis ; *Contrat et marchés publ.* 2006, comm. 331, note J.-P. Piétri.

²⁶²³ *Idem.* – CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Rec.* p. 566 ; *AJDA* 2007. 185, note J.-D. Dreyfus ; *AJDA* 2007. 1105, chron. L. Richer ; *BJCP* 2007. 116, concl. D. Casas ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 21, obs. G. Eckert – CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère, n° 298584, *Rec. T.* p. 745 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 293, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007. 832, obs. M.-C. de Montecler ; *Dr. adm.* 2007, comm. 113, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 171, note J.-P. Piétri.

mettre d'office fin au manquement dont il est saisi »²⁶²⁴. Dès lors, les « quatre prérogatives énergiques »²⁶²⁵ reconnues au juge lui confèrent des pouvoirs étendus.

Le juge dispose d'abord d'un pouvoir d'injonction²⁶²⁶, puisqu'il peut ordonner à l'autorité adjudicatrice de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce pouvoir vise à modifier le comportement défaillant de l'autorité adjudicatrice afin de rétablir la légalité de la procédure. Le juge peut par exemple ordonner à l'autorité adjudicatrice le retrait d'un critère illégal du règlement de consultation²⁶²⁷, la communication au candidat évincé des motifs de rejet de son offre²⁶²⁸ ou les caractéristiques et avantages relatifs à l'offre retenue²⁶²⁹, de soumettre la candidature du requérant à la commission d'appel d'offre pour qu'il soit procédé à son réexamen²⁶³⁰, ou de modifier ou supprimer une clause du futur contrat. En outre, le juge doit adapter son injonction « *eu égard à l'irrégularité commise* »²⁶³¹, et ne peut se substituer à l'administration défaillante²⁶³².

Le juge dispose ensuite du pouvoir de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. La suspension constitue souvent l'accessoire d'une mesure d'injonction et permet de lui conférer un effet utile. Le juge des référés ne peut cependant pas y procéder « *s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages* »²⁶³³. En outre, le juge ne peut prononcer la suspension de la signature du contrat, l'introduction du recours entraînant en elle-même une telle suspension²⁶³⁴.

²⁶²⁴ CE, 23 novembre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350519 ; *AJDA* 2011. 2320 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 26, obs. J.-P. Piétri.

²⁶²⁵ O. LE BOT, *Le guide des référés administratifs*, Dalloz, Coll. Guides Dalloz, 2013, p. 624.

²⁶²⁶ Voir à ce titre A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2009.

²⁶²⁷ CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 2002. 46, concl. D. Piveteau ; *RDI* 2002. 62, obs. M. Degoffe ; *RTD com.* 2002. 284, obs. G. Orsoni ; *CP-ACCP* 2001, n° 5, p. 30, note L. Richer.

²⁶²⁸ CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, préc.

²⁶²⁹ CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, n° 364827, *Rec. T.* p. 694 ; *BJCP* 2013. 342, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 132 note G. Eckert.

²⁶³⁰ CE, 3 mars 2004, *Commune de Châteaudun*, n° 258602, *Rec. T.* p. 772 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 92, obs. F. Llorens ; *Dr. adm.* 2004, p. 20, note A. Ménéménis ; *AJDA* 2004. 1713, note M.-C. Vincent-Legoux.

²⁶³¹ CE, 13 décembre 1996, *Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse*, n° 169706, *Rec.* p. 488 ; *RFDA* 1997, p. 192.

²⁶³² CE, 3 mars 2004, *Commune de Châteaudun*, préc.

²⁶³³ Art. L551-2-I du Code de justice administrative.

²⁶³⁴ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles*, préc.

Pour les contrats des pouvoirs adjudicateurs, le juge des référés précontractuels dispose enfin d'un pouvoir d'annulation. À ce titre, il peut annuler la procédure de passation ainsi que toutes les décisions s'y rapportant. La procédure peut être annulée dans son ensemble²⁶³⁵, ou de manière partielle²⁶³⁶. Dans ce cas, elle peut être assortie d'une injonction de reprendre une partie de la procédure²⁶³⁷, la procédure dans son ensemble²⁶³⁸ ou de procéder à un nouvel appel d'offre²⁶³⁹, sous réserve que l'autorité adjudicatrice ne renonce pas à la conclusion du contrat²⁶⁴⁰. Les décisions relatives à la procédure de passation, comme par exemple celles de la commission d'appel d'offre admettant puis retenant une candidature²⁶⁴¹, peuvent également être annulées. Le juge peut supprimer ou modifier les clauses et prescriptions devant figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence. Pour les contrats conclus par les autorités adjudicatrices, le juge ne dispose pas d'un tel pouvoir, mais peut en revanche prononcer des astreintes²⁶⁴².

Le juge du référé précontractuel dispose donc d'une large palette de pouvoirs lui permettant d'adapter au mieux la sanction et qui s'explique « *par la volonté de promouvoir cette voie de droit comme le moyen d'aboutir le plus efficacement possible et le plus en amont du processus contractuel à la correction des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁶⁴³. Cette pluralité de pouvoirs amène à s'interroger sur la manière dont le juge décide de la sanction à prendre. La conception temporelle des fonctions des

²⁶³⁵ Voir par exemple : CE, 30 juin 1999, *Smitom*, n° 198147, *Rec.* p. 229 ; *AJDA* 1999. 714, concl. C. Bergeal ; *RDI* 1999. 634, obs. F. Llorens ; *RFDA* 1999. 1134, obs. J.-C. Douence ; *ibid.* 1147, note L. Vidal – CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, n° 207804, *Rec.* p. 126 ; *RFDA* 2001. 353, note G. J. Guglielmi – CE, 8 avril 2005, *Société Radiometer*, n° 270476, *Rec. T.* p. 698 ; *AJDA* 2005. 1589 ; *RTD eur.* 2006. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 147, note W. Zimmer – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 20 février 2013, *Société American express Voyages*, n° 363244 ; *JCP A* 2013. 2341, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 117, note J.-P. Pietri – CE, 29 mai 2013, *Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*, n° 366456 ; *JCP A* 2013, 2333, comm. F. Linditch ;

²⁶³⁶ CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n° 281976, *Rec.* p. 240 ; *AJDA* 2006. 1619, note J. Lacroux – CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, n° 305280, *Rec. T.* p. 953 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 253, G. Eckert – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n° 350153, *Rec. T.* p. 1084 ; *AJDA* 2011. 1875 ; *BCJP* 2011. 448, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 333, obs. J.-P. Piétri – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324 ; *AJDA* 2011. 73 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 91, W. Zimmer.

²⁶³⁷ CE, 9 juillet 2003, *Société Scolarest*, n° 254196 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 182, Ph. Délélis.

²⁶³⁸ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc. – CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, préc. – CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Rec.* p. 566 ; *AJDA* 2007. 185, note J.-D. Dreyfus, et 1105, étude L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 53, note G. Eckert.

²⁶³⁹ CE, 6 novembre 1998, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, n° 194960, *Rec. T.* p. 1019 ; *D.* 1999. 5.

²⁶⁴⁰ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc.

²⁶⁴¹ CE, 28 avril 2006, *Société Abraham Bâtiment Travaux Publics*, n° 286443, *Rec. T.* p. 953 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 188, W. Zimmer.

²⁶⁴² Art. L551-6-I du Code de justice administrative.

²⁶⁴³ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 65.

principes de la commande publique peut constituer une grille de lecture permettant de systématiser une gradation des sanctions dans le cadre du référé précontractuel.

Paragraphe 2 : Proposition d'une échelle principale des sanctions prononcées par le juge du référé précontractuel.

Le juge du référé précontractuel doit adapter la portée des mesures prescrites « *eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation du contrat litigieux* »²⁶⁴⁴. Il doit donc limiter les sanctions à ce qui est strictement nécessaire à la correction du manquement constaté. Le temps est un élément permettant d'apprécier le bien-fondé de la mesure prescrite par le juge. De manière générale, le juge circonscrit la sanction à la période à laquelle le manquement s'est produit. Par exemple, le juge ne peut annuler la procédure dans son intégralité si le manquement constaté ne se rapporte qu'à la phase de sélection des offres²⁶⁴⁵. Dans ce cas, la procédure doit être annulée à compter de l'examen des offres²⁶⁴⁶. En outre, lorsqu'un manquement n'affecte la procédure qu'au stade de la négociation, le juge des référés doit limiter son annulation à cette seule phase de la passation²⁶⁴⁷. En revanche, la procédure peut être annulée dans son intégralité lorsque le manquement est relatif à une phase antérieure à la sélection des candidatures. Par conséquent, les sanctions ne peuvent viser les étapes de la procédure antérieures à l'irrégularité commise, et doivent se limiter aux phases affectées par le manquement invoqué par le requérant. Ainsi, lorsque le début de la procédure est régulier, les mesures prises par le juge ne peuvent viser que les irrégularités commises postérieurement. Le juge doit donc prendre en compte le stade de la procédure auquel se rapporte le manquement invoqué. Cette solution « *répond à une logique de modération et de proportionnalité de la réaction juridictionnelle* »²⁶⁴⁸.

Toutefois, cette logique n'est pas mécanique, puisque la jurisprudence considère que certains manquements invoqués en début de procédure peuvent être soulevés au stade de la sélection

²⁶⁴⁴ CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, préc.

²⁶⁴⁵ CE, 23 juillet 2012, *Commune de Barbechat*, n° 359103 ; *Contrat et marchés publ.* 2012, comm. 295, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁶⁴⁶ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc. – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁴⁷ CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, préc.

²⁶⁴⁸ O. LE BOT, *op. cit.*, p. 625.

des offres s'ils continuent de produire leurs effets jusqu'au choix final. C'est le cas par exemple d'une définition insuffisante des besoins²⁶⁴⁹, ou d'une absence d'allotissement non justifiée²⁶⁵⁰. Dans ce cadre, le juge n'est pas placé « *dans l'hypothèse où l'un des candidats invoque un manquement relatif à une phase antérieure de la procédure, manquement dont il apparaît, à la date à laquelle il est invoqué, non seulement qu'il ne l'a pas lésé, mais encore qu'il est désormais insusceptible de lui préjudicier* »²⁶⁵¹. En outre, une irrégularité commise au stade de l'examen des candidatures peut avoir des effets jusqu'à la fin de la procédure, si elle a permis de retenir un candidat dont le dossier aurait dû être rejeté au stade des candidatures²⁶⁵². Les mesures proscrites par le juge dépendent donc également de la portée chronologique des manquements invoqués par le requérant. À partir de cette logique séquentielle, et dans un objectif de simplification et de prévisibilité des solutions contentieuses, il est possible d'établir une gradation temporelle des sanctions fondée sur les fonctions propres des principes de la commande publique.

Lorsque l'autorité adjudicatrice porte atteinte à la liberté d'accès à la mise en concurrence, la procédure de passation doit être annulée dans son intégralité (**A**). En revanche, elle doit être annulée partiellement lorsque l'irrégularité est tirée d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement (**B**). S'agissant des atteintes au principe de transparence, elles sont sanctionnées différemment en fonction de l'objectif poursuivi : une annulation totale ou partielle s'il s'agit de l'objectif d'intelligibilité de la procédure ; une injonction s'il s'agit de l'objectif de vérification de l'impartialité de la procédure (**C**).

A : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les atteintes au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

Les atteintes au principe de liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate (**I**) comme médiate (**II**) doivent entraîner l'annulation de l'intégralité de la procédure. Cette sanction s'explique par la temporalité du principe, qui exerce ses fonctions en amont de la procédure de passation et influence donc le déroulement de l'ensemble du

²⁶⁴⁹ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc.

²⁶⁵⁰ CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes-Métropole*, n° 319949, *Rec. T.* p. 832 ; *BJCP* 2009, n° 67, p. 451, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 2181, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 348, note F. Olivier.

²⁶⁵¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052 *RJEP* 2010, comm. 31.

²⁶⁵² CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, préc.

processus d'achat public. Ainsi, tout manquement à ce principe initial est susceptible de remettre en cause la totalité de la procédure. Dans ce cas, le seul moyen pour le juge du référé de rétablir la légalité est d'annuler la procédure dans son intégralité.

I : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les manquements à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate.

Tout manquement au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence intervenant lors du premier temps de la commande publique entraîne l'annulation de l'intégralité de la procédure de passation. Cette logique découle du caractère chronologique des procédures de passation et de la temporalité des fonctions des principes de la commande publique. Lorsque l'autorité adjudicatrice porte atteinte à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate, elle fausse le jeu de la concurrence et entrave l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. En effet, la nature et les caractéristiques du contrat, la forme de la procédure de passation et les conditions d'accès à la mise en concurrence sont autant d'éléments déterminants dans le choix ou la possibilité des opérateurs économiques de candidater. Par conséquent, afin de rétablir la légalité du processus d'achat ou d'externalisation, le juge doit enjoindre à l'administration d'engager une nouvelle procédure de passation, sous réserve qu'elle ne renonce pas à la conclusion du contrat²⁶⁵³, afin de permettre à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés par le contrat de candidater à la mise en concurrence.

Par une détermination erronée des besoins ou par une manœuvre volontairement délétère, il arrive que l'autorité adjudicatrice utilise une procédure moins contraignante que celle qui aurait dû être mise en œuvre. Dans ce cadre, il y a lieu de reprendre la procédure dans son intégralité, puisque cette irrégularité est susceptible de porter atteinte à l'accès des opérateurs économiques à la mise en concurrence²⁶⁵⁴. Les mesures prescrites par le juge doivent être les mêmes lorsque n'est pas respecté l'article 10 du Code des marchés publics relatif à l'obligation d'allotir les marchés²⁶⁵⁵. Pour les entreprises de petites tailles, l'absence

²⁶⁵³ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc.

²⁶⁵⁴ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc. – CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, préc. – CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, préc. – CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, préc.

²⁶⁵⁵ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles*, préc.

d'allotissement ou les irrégularités commises dans sa mise en œuvre constituent en effet un véritable frein à leur possibilité d'accéder à la mise en concurrence²⁶⁵⁶. À cet égard, le juge du référé précontractuel exerce un contrôle normal sur la décision de ne pas allotir²⁶⁵⁷, mais un contrôle restreint sur le nombre et la consistance des lots²⁶⁵⁸. Dans une logique similaire, est annulée dans son intégralité la procédure de passation d'un contrat de partenariat dont le caractère global de l'objet n'est pas avéré²⁶⁵⁹. La procédure peut également être annulée si aucune mesure de publicité n'a été opérée²⁶⁶⁰ ou si le choix des supports de publicité est irrégulier²⁶⁶¹ ; dans ce cas, certains candidats potentiels n'ont pas accès à l'information et ne peuvent donc exercer leur liberté de candidater ou de ne pas candidater à l'obtention du contrat. Des irrégularités dans la définition des spécifications techniques²⁶⁶² ou dans le choix des critères de sélection des candidatures²⁶⁶³ peuvent conduire le juge à annuler l'ensemble de la procédure. En effet, les irrégularités commises dans la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence sont susceptibles de porter atteinte à la liberté d'accès des candidats potentiels²⁶⁶⁴.

Toutefois, le juge n'annulera pas systématiquement la procédure de passation en cas d'irrégularité dans la définition des conditions d'accès à la mise en concurrence. Le juge exerçant parfois un contrôle restreint, certaines de ces irrégularités doivent être d'une ampleur suffisante, en ce sens qu'elles doivent avoir une véritable influence sur le jeu de la concurrence. Par exemple, en cas de manquement à l'obligation de fixer des niveaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché²⁶⁶⁵, l'annulation de la procédure ne peut être prononcée que si l'exigence de capacité technique imposée aux candidats est

²⁶⁵⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁶⁵⁷ CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, *Rec. T.* p. 1009 ; *BJCP* 2012, n° 80, p. 9, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 343, note G. Eckert.

²⁶⁵⁸ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers.

²⁶⁵⁹ CE, 29 avril 2015, *Société Urbaser Environnement*, n° 386748 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 137, note M. Ubaud-Bergeron.

²⁶⁶⁰ CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc.

²⁶⁶¹ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, préc.

²⁶⁶² CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, préc.

²⁶⁶³ CE, 17 novembre 2006, *ANPE*, n° 290712, *Rec. T.* p. 947 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 4, obs. W. Zimmer – CE, 21 novembre 2007, *Département de l'Orne*, n° 291411, *Rec. T.* p. 940 ; *BJCP* 2008, p. 7, concl. D. Casas ; *AJDA* 2007. 2233 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 6, obs. F. Olivier – CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n° 356455 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 211, note W. Zimmer.

²⁶⁶⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁶⁶⁵ Art. 45 du Code des marchés publics.

manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée²⁶⁶⁶.

Ainsi, une irrégularité intervenue lors du premier temps de la commande publique, lorsqu'elle est suffisamment caractérisée, entraîne une annulation totale de la procédure de passation dans l'objectif de rétablir l'atteinte portée au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence. La reprise de la procédure dans son intégralité n'est toutefois pas automatique, puisqu'elle dépend du caractère opérant du moyen soulevé par le requérant. Dans ce cadre, l'opérance du moyen dépend du caractère instantané ou permanent du manquement invoqué. Lorsque l'irrégularité porte atteinte à la liberté d'accès de manière instantanée, le manquement ne peut être invoqué que par les seuls candidats potentiels, lors du premier temps de la commande publique. C'est le cas de l'absence ou de l'insuffisance de publicité qui ne peut être soulevée par un requérant qui a effectivement pu accéder à la mise en concurrence²⁶⁶⁷. En revanche, lorsque l'irrégularité porte atteinte à la liberté d'accès de manière permanente, le manquement peut être soulevé à tous les stades de la procédure, par les candidats potentiels et réels. C'est par exemple le cas d'une erreur dans le choix de la procédure de passation, d'une définition insuffisante des besoins²⁶⁶⁸, du non respect de l'obligation d'allotir²⁶⁶⁹ ou de l'absence d'exigence des garanties professionnelles et financières qui permet de retenir un candidat ne présentant pas les garanties minimales²⁶⁷⁰, car ces irrégularités, bien qu'intervenant lors du premier temps de la commande publique, ont des répercussions jusqu'au choix du cocontractant.

Pour résumer, l'opérance des moyens relatifs la violation de la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate dépend du caractère instantané ou permanent des effets du manquement invoqué. Lorsque l'effet est instantané, le manquement ne peut être invoqué que lors du premier temps de la commande publique. En cas d'effet permanent, il peut être invoqué à tous les stades de la procédure. Lorsque le juge décide que le moyen est opérant, il doit annuler la procédure dans son intégralité et enjoindre à l'administration de recommencer une nouvelle procédure. La même logique est appliquée pour les atteintes à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique médiate.

²⁶⁶⁶ CE, 7 mai 2013, *Société Segex, Société Aximum*, n° 365706, *Rec. T.* p. 702 ; *AJDA* 2013. 950 ; *BJCP* 2013. 366, concl. B. Dacosta ; *Contrat et marchés publ.* 2013. comm. 203, note J.-P. Pietri.

²⁶⁶⁷ CE, 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, préc.

²⁶⁶⁸ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc.

²⁶⁶⁹ CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes-Métropole*, préc.

²⁶⁷⁰ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, préc.

II : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les manquements à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique médiate.

Le juge du référé précontractuel doit annuler la procédure de passation dans son intégralité lorsqu'un manquement à la liberté d'accès est intervenu pendant le deuxième temps de la commande publique **(a)** ou pendant l'exécution du contrat **(b)**. Même si l'irrégularité est postérieure au premier temps de la commande publique, elle a pour effet de remettre en cause rétroactivement l'ensemble de la procédure en portant atteinte au principe initial de liberté. Par conséquent, le seul moyen de rétablir la légalité est d'annuler la procédure dans son intégralité.

a : Pour les manquements intervenant lors du deuxième temps de la commande publique.

Tout manquement au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence intervenant lors du deuxième temps de la commande publique entraîne l'annulation de l'intégralité de la procédure de passation. Une application mécanique du déroulement de la procédure de passation voudrait qu'un manquement relatif au deuxième temps de la commande publique entraîne une reprise de la procédure seulement à partir de ce stade²⁶⁷¹. Toutefois, les atteintes à la liberté d'accès concernent l'existence même de la procédure ou les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, et ce, quelque soit le moment où elles interviennent²⁶⁷². Par conséquent, ces atteintes se rapportent nécessairement à une période antérieure à la sélection des candidatures, même si elles se produisent lors du deuxième temps de la commande publique. Dès lors, même si le manquement intervient lors de la mise en concurrence effective, il doit être sanctionné au regard du principe de liberté d'accès, et impose de reprendre l'ensemble de la procédure.

²⁶⁷¹ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc. – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁷² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

Cette logique est identique à celle appliquée au régime des modifications précontractuelles²⁶⁷³ et contractuelles²⁶⁷⁴. Tout manquement relatif à la liberté d'accès a pour conséquence de fausser l'ouverture à la concurrence et les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, quelque soit le moment où il intervient, en passation ou lors de l'exécution du contrat. Toute modification des éléments déterminants dans le choix et la manière de candidater est susceptible de remettre en cause la liberté des candidats d'accéder ou non à la procédure de passation. Or, la seule manière de rétablir l'atteinte causée est de reprendre la procédure dans son intégralité. Par conséquent, le juge doit procéder à l'annulation de la procédure dans son ensemble, et enjoindre à l'autorité adjudicatrice la reprise de l'intégralité de la procédure lorsqu'elle modifie des éléments relatifs au premier temps de la commande publique lors de la phase de mise en concurrence effective. Tel est le cas d'une modification de l'objet du contrat, de la nature et de l'étendue des besoins, éléments qui doivent obligatoirement figurer dans la publicité initiale et qui sont donc accessibles à l'ensemble des candidats potentiels²⁶⁷⁵. C'est également le cas en appel d'offre, lorsque l'autorité adjudicatrice modifie les critères d'attribution du contrat. Dans le cadre de cette procédure, les critères de sélection des offres sont obligatoirement insérés dans la publicité initiale²⁶⁷⁶, ils influencent donc le choix des candidats potentiels de candidater ou de ne pas candidater à l'obtention du contrat. Dès lors, une modification de ces critères lors de la mise en concurrence porte atteinte à la liberté d'accès des candidats potentiels²⁶⁷⁷. Par conséquent, il y a lieu de reprendre l'intégralité de la procédure à l'aune de ces nouveaux critères d'attribution.

Cette logique est la même pour les autres procédures de passation lorsque l'autorité adjudicatrice décide de publier les critères d'attribution²⁶⁷⁸ ou leurs modalités de mise en œuvre²⁶⁷⁹ dès l'avis d'appel public à la concurrence. La question se pose de savoir si le choix à proprement parler des critères de sélection des offres entre dans la catégorie des

²⁶⁷³ Cf. *Supra*, Chapitre 1-Section 2 du présent titre.

²⁶⁷⁴ Voir à ce titre les développements relatifs à la fonction économique médiate de la liberté d'accès dans le cadre de l'exécution du contrat.

²⁶⁷⁵ Art. R1411-1 du Code général des collectivités territoriales : la publicité initiale « *précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* ».

²⁶⁷⁶ Art. 53 du Code des marchés publics : « *les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ».

²⁶⁷⁷ C'est ce qui explique que toute modification des critères intervenant après la date limite de dépôt des candidatures est interdite en appel d'offre.

²⁶⁷⁸ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas.

²⁶⁷⁹ CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, préc.

manquements portant atteinte à la liberté d'accès à la mise en concurrence. *A priori*, la réponse est négative, le choix des critères étant encadré par le principe d'égalité de traitement des candidats²⁶⁸⁰. L'illégalité des critères d'attribution est donc sanctionnée sur le fondement du principe d'égalité. Toutefois, dans le cadre du référé précontractuel, cette logique ne peut être aussi tranchée. Les critères d'attribution exercent une influence sur le choix des opérateurs économiques de candidater à l'obtention du contrat lorsqu'ils sont communiqués dès le lancement de la procédure. Si le contrôle du juge révèle une illégalité dans le choix des critères et qu'il enjoint à l'administration de les redéfinir et de reprendre la procédure à partir de l'examen des offres, il porte atteinte à la liberté d'accès des soumissionnaires potentiels susceptibles d'être intéressés par l'obtention du contrat au regard de ces nouveaux critères. Par conséquent, et afin de rétablir la légalité de la procédure, il convient d'annuler la procédure dans son ensemble et d'enjoindre à l'administration d'engager une nouvelle procédure²⁶⁸¹.

Il est possible de s'interroger sur les catégories de requérants disposant de la possibilité d'invoquer le moyen tiré du manquement aux fonctions économiques médiates de la liberté d'accès. Les bénéficiaires naturels de ces fonctions sont les candidats potentiels à la mise en concurrence. Par conséquent, ils sont recevables à invoquer un tel moyen si le manquement a eu pour effet de modifier les conditions d'accès à la mise en concurrence à laquelle ils ne peuvent plus accéder. La question est plus délicate s'agissant des candidats réels. Leur liberté d'accéder à la mise en concurrence n'est pas atteinte, puisqu'ils ont effectivement pu y accéder. Par conséquent, les irrégularités relatives à la liberté d'accès commises lors du deuxième temps de la commande publique ne peuvent être invoqués par les candidats réels.

b : Pour les manquements intervenant lors de l'exécution du contrat.

L'avenant, outil juridique contractuel ayant pour objet de modifier un contrat en cours²⁶⁸², entre dans le champ d'application des référés précontractuels²⁶⁸³ sous réserve qu'il

²⁶⁸⁰ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁶⁸¹ V. par exemple : CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921 ; *AJDA* 2013. 1083 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 104, P. Devillers.

²⁶⁸² M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier, 2004 – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009.

²⁶⁸³ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

n'ait pas été signé par les parties au contrat. Cette hypothèse demeure cependant rare, les candidats évincés de la procédure de mise en concurrence et les candidats potentiels n'ayant pas accès aux informations sur la conclusion d'un avenant avant sa signature. Il a été démontré que la légalité d'un avenant s'apprécie à l'aune du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence²⁶⁸⁴ ; lorsque l'avenant s'apparente à un nouveau contrat nécessitant la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation, il est illégal. Si le juge est saisi dans le cadre d'un référé précontractuel, il doit nécessairement annuler « *la procédure d'attribution portant sur la conclusion* »²⁶⁸⁵ de l'avenant s'il s'apparente à un nouveau contrat, ou enjoindre à l'administration de procéder à un nouvel appel d'offre. Dans ce cas, le juge considère que l'autorité adjudicatrice a effectivement manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne procédant pas à une nouvelle procédure de passation. En revanche, si l'avenant ne s'apparente pas à un nouveau contrat, le juge des référés ne peut exercer ses pouvoirs d'annulation ou d'injonction, « *dès lors que la conclusion d'un tel accord n'est pas soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des marchés publics* »²⁶⁸⁶.

Toute atteinte au principe initial de liberté d'accès à la mise en concurrence entraîne l'annulation de la procédure de passation dans son intégralité. Il en va différemment des manquements au principe d'égalité de traitement des candidats, dont les fonctions s'exercent lors du deuxième temps de la commande publique.

B : Une annulation partielle de la procédure pour les atteintes au principe d'égalité de traitement des candidats.

Tout manquement au principe d'égalité de traitement entre les candidats intervenant lors du deuxième temps de la commande publique entraîne l'annulation de la procédure à

²⁶⁸⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁶⁸⁵ Formule utilisée par le juge des référés du tribunal administratif de Paris en première instance sur l'affaire Ville de Paris : « 1°) d'annuler l'ordonnance du 2 janvier 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a, sur la requête de la société Clear Channel France tendant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part à ce qu'il soit enjoint à la ville de Paris de différer la signature de l'avenant n° 1 au marché n° 0761001 jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours, d'autre part à l'annulation de la procédure d'attribution portant sur la conclusion d'un avenant par la ville de Paris avec la société Somupi au marché du 27 février 2007 relatif à la mise en place d'une flotte de vélos à destination du public et de mobilier urbain d'information à caractère général ou local et accessoirement publicitaire ».

²⁶⁸⁶ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

compter du stade de la passation auquel il se rapporte. Il n'y a pas de logique à ce que le juge annule la procédure de passation dans son intégralité alors que l'irrégularité commise ne concerne que les candidats réels, c'est-à-dire les opérateurs économiques qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence. En effet, « *si les pouvoirs du juge des référés précontractuels sont étendus, son office doit toutefois se limiter aux seules mesures nécessaires à assurer le respect des principes auxquels cette procédure est destinée* »²⁶⁸⁷. À cet égard, seuls les candidats réels sont susceptibles d'être lésés par une rupture d'égalité lors de la phase de mise en concurrence. Par conséquent, les candidats potentiels ne peuvent jamais avoir un intérêt à agir lorsque l'irrégularité commise lors du deuxième temps de la commande publique ne concerne pas le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence. Pour l'ensemble de ces raisons, le juge ne peut enjoindre à l'autorité adjudicatrice de reprendre la procédure dans son ensemble²⁶⁸⁸ dans les cas d'atteinte au seul principe d'égalité de traitement entre les candidats.

L'annulation prend effet à compter de la phase de la procédure à laquelle est rattachée l'irrégularité (I) ; lorsqu'il s'agit d'un manquement dans la sélection des offres, la procédure est annulée seulement à compter de la phase d'examen des offres (II).

I : Une annulation partielle de la procédure à compter des différentes phases de mise en concurrence.

Le juge peut sanctionner toutes les inégalités commises par l'autorité adjudicatrice pendant le déroulement de la mise en concurrence. Dans ce cadre, la portée des mesures prises par le juge dépend du moment où l'irrégularité a été commise. Par exemple, lorsque l'autorité adjudicatrice retient une candidature irrégulière, il y a lieu d'enjoindre à l'administration de reprendre la procédure de passation à partir de l'examen des candidatures²⁶⁸⁹. Dans le même sens, lorsqu'une candidature est écartée de manière injustifiée, il y a lieu d'annuler la décision de rejet et d'enjoindre à l'autorité adjudicatrice de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures²⁶⁹⁰. Lorsqu'une rupture d'égalité intervient lors de la phase de

²⁶⁸⁷ M. UBAUD-BERGERON, obs. sous CE, 23 mars 2012, *Caisse écoles de Commune de Six-Fours-les-plages*, n° 355439, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 166.

²⁶⁸⁸ CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc. – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁸⁹ CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, préc. – CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, préc.

²⁶⁹⁰ CE, 9 juillet 2003, *Société Scolarest*, préc.

négociation, il y a lieu de reprendre la procédure à ce stade de la passation, c'est-à-dire après la sélection des candidatures et avant le choix des offres²⁶⁹¹. Les irrégularités les plus fréquentes sont celles intervenant lors de la phase de sélection des offres. Dans cette hypothèse, il y a lieu d'annuler la procédure de passation à compter de la phase d'examen des offres.

II : Une annulation partielle de la procédure à compter de l'examen des offres.

Le juge peut également sanctionner les irrégularités commises pendant la phase d'analyse des offres qui ont pour effet de rompre l'égalité de traitement entre les candidats réels, sous réserve qu'elles lèsent ou risquent de léser le requérant. À cet égard, la jurisprudence sur la portée des mesures prescrites par le juge n'est pas clairement fixée. Dans certains cas, la procédure n'est annulée qu'à compter de l'examen des offres. Il en va ainsi lorsque l'autorité adjudicatrice retient une offre irrégulière²⁶⁹², non conforme à la réglementation générale²⁶⁹³ ou au règlement de consultation²⁶⁹⁴, rejette une offre pour des motifs injustifiés²⁶⁹⁵, applique de manière imparfaite les modalités de mise en œuvre des critères²⁶⁹⁶, commet une rupture d'égalité dans la notation des offres²⁶⁹⁷ ou une erreur de fait lors de l'analyse des offres²⁶⁹⁸.

Dans d'autres cas, bien que l'irrégularité soit relative à l'égalité de traitement entre les candidats, la procédure est annulée dans son ensemble. Il en va ainsi lorsque l'autorité adjudicatrice neutralise un critère d'attribution²⁶⁹⁹ ou prend en compte un critère non prévu

²⁶⁹¹ CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, préc. – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159 ; *BJCP* n° 95, p. 292 concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 1778, note J.-B. Vila ; *AJDA* 2014. 422, obs. D. Poupeau.

²⁶⁹² CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc.

²⁶⁹³ CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁹⁴ CE, 23 mars 2012, *Caisse écoles de Commune de Six-Fours-les-plages*, n° 355439 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 166, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁶⁹⁵ CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149, *Rec.* p. 443 ; *BJCP* 2011. 442, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 315, note W. Zimmer ; *AJDA* 2011. 1815 ; *RDI* 2011. 560, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2012. 41, obs. O. Didriche.

²⁶⁹⁶ CE, 6 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 387544 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 191, obs. H. Hoepffner.

²⁶⁹⁷ TA Nice, 2 avril 2012, *Société Renov Signalisation*, n° 1200856.

²⁶⁹⁸ TA Lyon, 9 juillet 2012, *Société Spie Sud Est*, n° 1204062 – TA Cergy-Pontoise, 6 mars 2013, *Société Espace Cinéma*, n° 1301177.

²⁶⁹⁹ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

par le règlement de consultation lors de l'examen des offres²⁷⁰⁰, sélectionne une offre ne répondant pas aux exigences de la consultation²⁷⁰¹, sélectionne une offre anormalement basse²⁷⁰², permet à une seule entreprise de présenter une variante²⁷⁰³, note de manière différente deux offres équivalentes²⁷⁰⁴. L'analyse de ces différentes jurisprudences ne permet pas de dégager une grille de lecture légitimant une annulation partielle dans certains cas, une annulation intégrale dans d'autres. En effet, la nature et l'ampleur des irrégularités commises sont équivalentes et ne justifient donc pas la différence observée dans leur traitement contentieux. Or, cet aléa jurisprudentiel peut être source d'incompréhension et d'insécurité juridique.

Il n'y a aucune logique à ce que le juge annule la procédure dans son intégralité lorsque le manquement invoqué est tiré d'une inégalité dans l'analyse et la sélection des offres. Dans cette hypothèse, seuls les candidats réels qui ont été admis à présenter une offre sont susceptibles d'être lésés par l'irrégularité invoquée. Les candidats potentiels ne sont pas concernés par cette phase de la procédure, sauf lorsque l'atteinte est relative au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence²⁷⁰⁵. Dès lors, l'annulation de la procédure dans son intégralité n'est pas nécessaire au rétablissement de la légalité du processus d'achat ou d'externalisation. En outre, une telle mesure alourdit et rallonge la procédure de passation et réduit ainsi l'efficacité de la commande publique. La temporalité des fonctions du principe d'égalité de traitement prescrit une annulation de la procédure seulement à compter de l'examen des offres. Par conséquent, toutes les irrégularités commises au stade de l'examen des offres qui portent atteinte au seul principe d'égalité de traitement des candidats nécessitent une annulation de la procédure qu'à compter de la phase de sélection des offres.

Le choix des sanctions dans le cas d'une atteinte au principe de transparence des procédures est un peu plus subtil, ce dernier exerçant ses fonctions dans deux temps différents et poursuivant plusieurs objectifs à la logique différente.

²⁷⁰⁰ CE, 1^{er} avril 2009, *Ministre de l'Écologie c/ Société la téléphonie Mahoraise*, 321752 ; *AJDA* 2009. 683 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 171, obs. J.-P. Piétri.

²⁷⁰¹ CE, 19 juillet 2010, *Région Réunion*, n° 337071, *Rec. T.* p. 914 ; *AJDA* 2010. 151 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 321, W. Zimmer.

²⁷⁰² TA Lyon, 18 mai 2009, *Société Albertazzi*, n° 0902595.

²⁷⁰³ TA Rouen, 19 janvier 2012, *Société Cougnaud*, n° 1103832.

²⁷⁰⁴ TA Toulouse, 15 janvier 2010, *Société Coved*, n° 0905818.

²⁷⁰⁵ Cf. *Supra*.

C : L'échelle des sanctions pour les atteintes au principe de transparence des procédures.

Pour les atteintes au principe de transparence, le choix de la sanction dépend de plusieurs paramètres. Il convient de déterminer si le principe est atteint au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure ou de vérification de son impartialité. Dans ce dernier cas, le juge ne peut prendre que des mesures d'injonctions pour obliger l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations au requérant (II). Lorsqu'est atteinte la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité des procédures, la sanction dépend des destinataires du principe : la procédure doit être annulée dans son intégralité s'il s'agit des candidats potentiels ; elle ne peut être annulée que de manière partielle s'il s'agit des candidats réels (I).

I : L'annulation partielle ou totale de la procédure pour les manquements à la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure.

Le principe de transparence dispose d'une fonction d'intelligibilité des procédures permettant aux candidats potentiels et réels de présenter utilement leurs candidatures et leurs offres²⁷⁰⁶. À ce titre, l'autorité adjudicatrice doit transmettre aux opérateurs économiques certaines informations relatives au futur contrat et aux conditions de consultation avant le dépôt des candidatures et des offres. C'est donc de la transparence que découlent majoritairement les obligations de publicité à la charge de l'autorité adjudicatrice. Par conséquent, les moyens tirés de la méconnaissance de ces obligations sont invocables et opérants devant le juge du référé précontractuel, qui ne peut être saisi que des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le requérant est donc recevable à soulever les moyens tirés d'une atteinte à l'intelligibilité de la procédure, tels que l'insuffisance des informations transmises sur la nature et l'étendu des besoins²⁷⁰⁷, sur les critères et sous-critères de sélection des candidatures et des offres²⁷⁰⁸ ou sur les éléments de la

²⁷⁰⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁷⁰⁷ CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, préc. – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 1^{er} juin 2011, *Commune de Saint-Benoît*, préc. – CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Société Dalkia France*, préc.

²⁷⁰⁸ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc. – CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc. – CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, préc. – CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, préc. – CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, préc.

consultation²⁷⁰⁹. Le requérant peut également se prévaloir du caractère ambigu des informations révélant des incohérences ou des contradictions sur les attentes de l'autorité adjudicatrice²⁷¹⁰. La possibilité pour les candidats de demander des précisions sur ces éléments en cours de procédure ne peut avoir pour conséquence de rendre inopérant le moyen soulevé par le requérant²⁷¹¹.

Les mesures prescrites par le juge du référé précontractuel doivent dépendre de la catégorie des destinataires de l'information litigieuse et du moment où intervient l'irrégularité. À cet égard, Olivier Le Bot souligne qu'il existe « *une gradation très nette des informations devant être communiquées aux candidats à chacune des phases de la consultation* »²⁷¹². L'échelle des sanctions dépend de la temporalité des fonctions du principe de transparence ainsi que de la nature des opérateurs économiques en bénéficiant. Afin de compléter cette gradation des sanctions, il convient de reprendre la distinction candidats potentiels/candidats réels qui a permis de systématiser le régime des modifications précontractuelles²⁷¹³. La procédure doit être annulée dans son intégralité lorsque l'information concerne les candidats potentiels **(a)**, ou de manière partielle lorsque l'information concerne les candidats réels **(b)**.

a : Une annulation de la procédure dans son ensemble lorsque l'information concerne les candidats potentiels.

Lorsque l'information est normalement destinée à l'ensemble des candidats potentiels, il y a lieu d'enjoindre à l'administration de reprendre la procédure de passation dans son ensemble. Les éléments communiqués à cette catégorie de candidats dès l'engagement de la procédure sont déterminants dans leur choix de candidater et sont utiles à l'élaboration de la candidature. À ce titre, la transparence bénéficie à l'ensemble des opérateurs économiques

²⁷⁰⁹ CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566, *Rec.* p. 406 ; *BJCP* 2002. 21, concl. D. Piveteau, obs. R. S. ; *RTD com.* 2002. 52, obs. G. Orsoni – CE, 3 mars 2004, *Société Mak System*, n° 258272, *Rec.* p. 121 ; *BJCP* 2004, n° 34, p. 225, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 2004. 1034, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 93, note F. Llorens – CE, 6 janvier 2006, *Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois*, n° 281113 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 92, note F. Llorens – CE, 19 septembre 2007, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, n° 298294, *Rec. T.* p. 938 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 292, W. Zimmer – CE, 19 janvier 2011, *Société Technique d'environnement et propreté*, n° 340773 ; *AJDA* 2011. 1223 ; *JCP A* 2011, 2080, comm. F. Linditch.

²⁷¹⁰ CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, préc. – CE, 10 mai 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*, n° 286644, *Rec.* p. 242 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 226, note F. Olivier – CE, 8 juillet 2009, *Ministre de la Justice*, n° 318187 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 294, obs. F. Llorens.

²⁷¹¹ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁷¹² O. Le BOT, *op. cit.*, p. 606.

²⁷¹³ Cf. *Supra*, Chapitre I du présent titre.

susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat. Par conséquent, une irrégularité dans la communication de ces éléments empêche la réalisation de l'objectif d'intelligibilité de la procédure dès son commencement et porte atteinte au principe de transparence. Afin que l'autorité adjudicatrice puisse corriger cette illégalité, le juge doit annuler l'ensemble de la procédure et enjoindre à cette dernière de la reprendre dans son intégralité afin que les candidats potentiels aient accès aux bonnes informations. Il en va ainsi pour toutes les irrégularités commises dans la communication des éléments essentiels à l'élaboration des candidatures, voire des offres dans le cadre de l'appel d'offre ouvert²⁷¹⁴. Par exemple, une imprécision sur les critères d'attribution fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence entraîne l'annulation de la procédure dans son ensemble²⁷¹⁵.

b : Une annulation partielle de la procédure lorsque l'information concerne les seuls candidats réels.

Lorsque l'information est seulement destinée aux candidats réels qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence, il n'y a pas lieu d'enjoindre à l'autorité adjudicatrice de reprendre l'intégralité de la procédure. Dans ce cadre, les éléments devant être communiqués aux opérateurs économiques ne sont utiles qu'à l'élaboration des offres et ne concernent pas la préparation des candidatures. Il y aurait donc un non-sens à annuler la procédure dans son ensemble, alors que l'irrégularité concerne la seule phase de remise des offres. Lorsque le manquement n'a pas empêché les candidats de présenter utilement une offre, le moyen invoqué est inopérant car il ne lèse pas ou n'est pas susceptible de léser le requérant. En revanche, si le manquement a empêché les candidats d'élaborer leur offre, la procédure doit être annulée à compter du moment où est intervenue l'irrégularité. En complément de cette sanction, le juge peut enjoindre à l'autorité adjudicatrice de transmettre à l'ensemble des candidats ou au requérant l'information litigieuse.

Il est possible de s'interroger sur les sanctions que doit prononcer le juge du référé précontractuel lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas communiqué les critères de sélection des offres aux candidats. Pour les procédures formalisées, cette information doit

²⁷¹⁴ Voir, pour une liste non exhaustive de l'ensemble de ces éléments : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²⁷¹⁵ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des Villes solidaires*, n° 312350, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2421 ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2009, n° 2045, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 58, note G. Eckert.

obligatoirement être fixée dans l'avis d'appel public à la concurrence²⁷¹⁶. Par conséquent, un défaut d'information doit entraîner l'annulation de la procédure dans son intégralité. Pour les autres procédures, l'autorité adjudicatrice dispose du choix de communiquer cette information dès l'engagement de la procédure à l'ensemble des candidats potentiels ou lors de la mise en concurrence aux seuls candidats réels. La sanction des erreurs faites dans la transmission de cette information dépend du moment où a été commise l'irrégularité : la procédure doit être annulée dans son ensemble si les critères sont connus dès son engagement ; la procédure doit être annulée partiellement si les critères sont transmis aux seuls candidats réels. Cette solution ne règle pas le cas d'une inexistence d'information relative aux critères d'attribution. Admettre la possibilité pour le juge d'annuler intégralement la procédure revient à reconnaître l'existence d'une obligation de communiquer ces informations dès son engagement. Cette reconnaissance n'est pas cohérente avec la souplesse accordée aux autorités adjudicatrices dans la mise en œuvre des procédures autres que l'appel d'offre. Il est donc plus opportun, dans ce cas, d'enjoindre à l'administration de recommencer la procédure à compter de la phase d'élaboration des offres. Par conséquent, seuls les candidats réels sont susceptibles d'être lésés lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas communiqué les critères de sélection des offres.

II : Les mesures d'injonctions pour les manquements à la transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure.

Il est acquis que la méconnaissance de l'obligation de communiquer les motifs de rejet des candidatures et des offres « *constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences* »²⁷¹⁷. En outre, une telle irrégularité lèse ou est susceptible de léser le requérant « *en l'empêchant de contester utilement le rejet de son offre* »²⁷¹⁸. En revanche, « *un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L.*

²⁷¹⁶ Art. 53 du Code des marchés publics.

²⁷¹⁷ CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, préc. – CE, 9 août 2006, *Hairis SAS*, n° 284577 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 258 et comm. 269, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

²⁷¹⁸ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 314610, *Rec. T.* p. 821 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 69 ; *JCP A* 2009, 343 ; *BJCP* 2009, 213, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 122, note F. Olivier ; *JCP A* 2009, n° 2122, note F. Linditch.

551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction »²⁷¹⁹. Par conséquent, un requérant peut se prévaloir d'un manquement tiré du défaut d'information sur les motifs de rejet de sa candidature ou de son offre devant le juge du référé précontractuel, sauf lorsque cette atteinte ne l'a pas empêché de présenter utilement un recours²⁷²⁰.

Lorsque le manquement lèse effectivement le candidat, le juge enjoint à l'autorité adjudicatrice de communiquer les informations pertinentes dans un délai qu'il détermine, suspend la signature du contrat²⁷²¹, et sursoit à statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation²⁷²². L'existence d'une lésion s'apprécie en fonction de plusieurs éléments : d'une part en fonction du moment où est invoqué le manquement ; d'autre part en fonction de la nature des informations transmises ; enfin en fonction des effets de l'irrégularité sur la situation du candidat évincé. Par exemple, un requérant dont la candidature a été écartée n'est pas fondé à invoquer un manquement tiré de l'absence de communication sur les caractéristiques de l'offre retenue²⁷²³. En outre, la consistance suffisante des éléments transmis au requérant ne lui permet pas de demander au juge du référé précontractuel de suspendre la signature du contrat²⁷²⁴. La méconnaissance de ces obligations de communication n'entraîne pas en soi une annulation de la procédure de passation, le juge du référé précontractuel devant surseoir à statuer sur les conclusions tendant à une telle demande²⁷²⁵. Cette logique jurisprudentielle est cohérente avec la temporalité des fonctions du principe de transparence des procédures dont découlent les obligations des articles 80 et 83 du Code des marchés publics²⁷²⁶. Ces obligations bénéficient exclusivement au candidat évincé de la procédure de passation, et leur méconnaissance ne porte nullement atteinte aux principes

²⁷¹⁹ CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, n° 321217, *Rec. T.* 840 ; *AJDA* 2009. 1554, note M.-C. Vincent-Legoux ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 126, note G. Eckert.

²⁷²⁰ CE, 11 août 2009, *Département des Alpes Maritimes*, n° 320088.

²⁷²¹ CE, 21 janv. 2004, *Sté Aquitaine Démolition*, préc. – CE, 11 avril 2012, *Ministre de la Défense et anciens combattants*, n° 355564, *Rec. T.* p. 844 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 181, note G. Eckert – CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656, *Rec. T.* p. 693 ; « l'absence de communication par le pouvoir adjudicateur de l'une des informations mentionnées par le deuxième alinéa des dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics doit conduire le juge à enjoindre à ce dernier de communiquer les informations manquantes au candidat dont l'offre, bien que recevable, a été rejetée ».

²⁷²² CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, préc. – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014 ; *JCP A* 2015, 2025, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 6, note G. Eckert ; *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2015, comm. 33, note A. Fourmon.

²⁷²³ CE, 11 avril 2012, *Ministre de la Défense et anciens combattants*, préc.

²⁷²⁴ CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, préc.

²⁷²⁵ Cf. *Supra*.

²⁷²⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats. Par conséquent, il n'y a aucune logique à ce qu'une irrégularité tirée du défaut d'information du rejet des candidatures ou des offres entraîne l'annulation de la procédure dans son intégralité ou de manière partielle.

En conclusion, il y a lieu de résumer l'échelle principale des sanctions comme telle : la procédure doit être annulée dans son ensemble lorsque l'irrégularité est relative au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence, ou à celui de la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure si l'information litigieuse concerne les candidats potentiels ; la procédure est annulée partiellement lorsque l'irrégularité est relative au principe d'égalité de traitement, ou à celui de la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure si l'information litigieuse concerne les candidats réels ; le juge doit prononcer seulement des mesures d'injonctions lorsque les irrégularités invoquées sont relatives au principe de transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure.

La temporalité des fonctions des principes de la commande publique permet donc de préciser le contentieux précontractuel par la systématisation d'une échelle principale des sanctions dans le cadre du référé précontractuel. En contentieux contractuel, la temporalité des fonctions des principes dispose de moins d'utilité, ces derniers ayant des fonctions moins prégnantes lorsque le contrat a été signé.

Section 2 : Les implications d'une définition des fonctions propres sur le contentieux contractuel.

Le contentieux contractuel concerne l'ensemble des recours dirigés directement contre le contrat afin d'en contester la validité devant le juge de plein contentieux. Il se subdivise en deux catégories : le contentieux des tiers et le contentieux des parties. Dans le contentieux des tiers, trois voies de droit permettent de contester le contrat : le recours en contestation de la validité du contrat, le référé contractuel²⁷²⁷ et le déféré préfectoral. Dans le contentieux des

²⁷²⁷ Le référé contractuel ne fera pas l'objet de développements dans la présente section. D'une part, c'est « *un recours exceptionnel, qui, comme la dissuasion nucléaire, repose sur le caractère disproportionné de la menace* » (E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 506). D'autre part, les moyens invocables et les mesures pouvant être prises par le juge sont limitativement énumérés par le

parties, les cocontractants disposent de la possibilité de contester la validité du contrat par voie d'action par un recours en contestation de la validité du contrat, ou par voie d'exception dans le cadre d'un litige portant sur une mesure d'exécution, en défense à une action de l'autre partie²⁷²⁸.

Ces deux catégories de contentieux ont fait l'objet d'évolutions considérables ces dix dernières années²⁷²⁹. Pendant longtemps, le juge du contrat n'était accessible qu'aux parties²⁷³⁰. Le Conseil d'État ouvre une brèche dans la décision *Martin*²⁷³¹ du 4 août 1905 en permettant aux tiers d'introduire un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat. Ainsi, « *le contentieux de l'excès de pouvoir contre les actes détachables, recours objectif, a pallié, jusqu'à aujourd'hui, le principe de fermeture du contentieux contractuel, éminemment subjectif, aux tiers au contrat* »²⁷³². Malgré des aménagements jurisprudentiels permettant de prendre en compte les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat, cette voie de droit n'était pas satisfaisante pour les tiers, notamment pour les concurrents évincés qui n'avaient pu introduire utilement un référé précontractuel. Par deux décisions *Tropic Travaux Signalisation*²⁷³³ du 16 juillet 2007 et *Département du Tarn-et-Garonne*²⁷³⁴ du 4 avril 2014, le Conseil d'État ouvre aux concurrents évincés puis à l'ensemble des tiers un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat administratif devant le juge du contrat. Cette extension ferme concomitamment le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables²⁷³⁵.

Code de justice administrative, laissant peu de place à l'influence de la conception temporelle des principes de la commande publique sur sa mise en œuvre.

²⁷²⁸ V. sur cette question : Ch.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2011.

²⁷²⁹ V. sur cette question : Y. GAUDEMET, *Le contentieux des contrats publics (évolution récente)*, éd. Cridon, 2005 – D. POUYAUD, « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.

²⁷³⁰ CE, 24 décembre 1897, *Le Buf*, Rec. p. 48 – CE, sect., 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, Rec. p. 76 – CE, sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, Rec. p. 545.

²⁷³¹ CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Rec. p. 749.

²⁷³² S. BRACONNIER, obs. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RDI 2014 p. 344.

²⁷³³ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, Rec. p. 360 ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, ét. F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; JCP A 2007, 2212 et JCP E 2007, 2164, notes F. Linditch ; JCP A 2007, 2221, note M.-C. Rouaut ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.-P. Pietri ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling.

²⁷³⁴ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358994, Rec. p. 70 ; JCP A 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *ibid.* 2014, 2153, note S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5, Ph. Rees et repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Dr. adm. 2014, comm. 36, note F. Brenet ; RFDA 2014. 438, note P. Delvolvé ; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier ; AJCT 2014. 375, note S. Dyens ; AJDA 2014. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier.

²⁷³⁵ À cet égard, le mécanisme du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ayant vocation à s'amoindrir, il ne fera pas l'objet de développements dans la présente section. La jurisprudence du juge de

Par deux décisions *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009²⁷³⁶ et du 21 mars 2011²⁷³⁷, le Conseil d'État rénove également le contentieux des parties en introduisant dans l'office du juge du contrat le principe de loyauté des relations contractuelles et la prise en compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles²⁷³⁸. Par ces deux décisions, les juges du palais royal mettent fin à l'automaticité de la nullité du contrat²⁷³⁹ lorsqu'une des deux parties invoque un vice entachant sa conclusion ou son contenu²⁷⁴⁰, dans l'objectif de préserver la stabilité du contrat en dépit de son illégalité. Dès lors, est définitivement consacrée « l'idée selon laquelle la nullité du contrat est une sanction parmi d'autres prononcée par le juge »²⁷⁴¹. Ce dernier dispose désormais d'une palette de pouvoirs dont l'annulation n'est que l'ultime sanction.

Ces deux évolutions contentieuses ont une portée importante sur les pouvoirs dont dispose le juge du contrat. Lorsqu'il est saisi par les tiers ou les parties, ce dernier doit choisir entre la stabilité et la protection juridique du contrat, ou entre sa disparition par une mesure de

l'exécution du contrat saisi pour tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable ne sera pas analysée. Pour approfondir la question, voir notamment : CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, n° 337349, *Rec.* p. 54 ; *AJDA* 2011. 356 ; *RDI* 2011. 277, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2011. 419, obs. F. Scanvic ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 123, J.-P. Piétri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 47, note F. Brenet ; *JCP A* 2011, 2183, note E. Busson.

²⁷³⁶ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Rec.* p. 509, concl. E. Glaser ; *AJDA* 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Bottegghi ; *D.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI* 2010. 265, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 114, Pratique O. Didriche ; *RFDA* 2010. 506, concl. E. Glaser ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud ; *RTD com.* 2010. 548, obs. G. Orsoni ; *JCP A* 2010, n° 2072, note F. Linditch ; *JCP G* 2010, n° 365, note B. Plessix ; *RDP* 2010, p. 553, note H. Pauliat ; *RJEP* 2010, comm. 30, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 123, note Ph. Rees.

²⁷³⁷ CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, *Rec.* p. 117 ; *RFDA* 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *Dr. adm.* 2011, n° 5, p. 28, note F. Brenet, F. Melleray ; *Contrats et marchés publ.* 2011 n° 5, p. 36, J.-P. Piétri ; *RLCT*, 2011 n° 68, p. 29, E. Glaser ; *RDI*. 2011, p. 270, note S. Braconnier ; *AJDA* 2011, p. 591 et p. 670, chron. A. Lallet, X. Domino ; *JCP G* 2011, p. 648, obs. J.-G. Sorbara ; *AJCT* 2011, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus.

²⁷³⁸ Pour approfondir la question, v. notamment : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, LGDJ, 1989 – D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, thèse, LGDJ 1991 – M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Thèse, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003 – J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, thèse, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009 – A. BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944 – *La loyauté*, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Conférences et travaux de l'Ordre, Dalloz, 2014 – *Droit et loyauté*, F. PETIT (dir.), actes de colloque organisé par la Faculté de droit, d'économie et de gestion d'Avignon le 10 octobre 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015

²⁷³⁹ Cette automaticité s'expliquait par le caractère d'ordre public de la nullité du contrat : CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*, n° 202792, *Rec. T.* p. 1091 – CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Citécable Est*, n° 196553, *Rec.* p. 457 ; *D.* 2000. 288 ; *RFDA* 2001. 359, concl. H. Savoie ; *BJCP* 2001. 54, concl. H. Savoie, obs. Ph. Terneyre ; *RDP*. 2001. 376, note C. Guettier.

²⁷⁴⁰ CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, n° 176873, *Rec.* p. 198 ; *RDI* 1996. 562, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1997. 83, note J.-C. Douence ; *D.* 1997. 45, note F.-P. Benoît ; *ibid.* 1996. 269, chron. N. Van Tuong ; *ibid.* 1997. 113, obs. Ph. Terneyre.

²⁷⁴¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 184.

résiliation ou d'annulation si l'illégalité commise le justifie. Une interrogation subsiste sur la manière dont le juge doit mettre en œuvre l'ensemble des pouvoirs dont il dispose. En d'autres termes, l'interrogation porte sur la nature des irrégularités qui justifient soit la préservation du contrat, soit son annulation. Dans ce cadre, et à l'inverse du contentieux précontractuel²⁷⁴², la temporalité des fonctions des principes de la commande publique ne dispose que de peu d'utilité pour préciser les zones d'ombres du contentieux contractuel. Si la définition des fonctions propres des principes peut affiner la gradation des sanctions dans le contentieux des tiers (**paragraphe 1**), elle n'a pas d'intérêt dans le contentieux des parties (**paragraphe 2**). Dans le cadre du référé précontractuel, l'office du juge est en lien direct avec la temporalité du déroulement de la procédure de passation, donc avec la définition des fonctions propres des principes ; dans le cadre du contentieux contractuel, cette temporalité disparaît, puisque l'office du juge s'exerce de manière binaire : sauvegarde ou disparition du contrat. Cette différence de logique dans la prise en compte du temps explique l'amointrissement de la conception temporelle des fonctions des principes sur le contentieux contractuel.

Paragraphe 1 : Un impact minime dans le contentieux contractuel à l'initiative des tiers.

La décision *Département du Tarn-et-Garonne*, en ouvrant un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat à l'ensemble des tiers, est l'aboutissement d'une évolution contentieuse qui « porte la marque d'une réelle audace jurisprudentielle »²⁷⁴³. Certains membres de la doctrine préfèrent parler de « révolution », dans la mesure où la décision *Département du Tarn-et-Garonne* constitue « un retour au point de départ d'un cycle qui s'achève »²⁷⁴⁴. Comme le souligne ces auteurs²⁷⁴⁵, cette décision revient formellement à l'état du droit qui prévalait au XIX^{ème} siècle, puisque le prétoire du

²⁷⁴² Cf. *Supra*.

²⁷⁴³ S. BRACONNIER, note préc.

²⁷⁴⁴ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », chr. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 1035 : « plus exactement, la décision *Département du Tarn-et-Garonne* est, pour le contentieux contractuel, une révolution dans tous les sens du terme. Elle a d'ailleurs tous les attributs d'une révolutionnaire, elle qui, pour renouer avec les préceptes initiaux de la jurisprudence contractuelle, brise un dogme - celui (ébréché) selon lequel le contrat, loi des parties, devrait rester inaccessible aux tiers -, brûle une idole - celle (plus critiquée qu'adorée) de l'acte détachable - et se nourrit d'idées neuves sur l'office du juge du contrat. Autant dire que, s'il s'apparente formellement à l'ancien régime, le système qui en résulte marque en réalité l'avènement d'un paradigme résolument novateur ».

²⁷⁴⁵ *Idem*.

juge administratif du contrat semblait ouvert à tous²⁷⁴⁶. Avant d'envisager les influences possibles de la conception temporelle des fonctions des principes sur l'office du juge du contrat (B), il convient d'exposer les différents éléments de cette (r)évolution contentieuse (A).

A : L'évolution certaine du recours en contestation de la validité du contrat ouvert aux tiers.

Deux points évoluent sensiblement entre la décision *Tropic* et la décision *Département du Tarn-et-Garonne* : la physionomie générale du recours en contestation de la validité du contrat (I) et la mise en œuvre des pouvoirs dont dispose le juge (II). S'agissant de la physionomie du recours, le Conseil d'État affine sa jurisprudence en distinguant la recevabilité de la requête et l'opérance des moyens selon la qualité du requérant. Le recours diffère désormais selon la qualité de tiers privilégié ou de tiers ordinaire dont dispose le requérant. En substance, les pouvoirs du juge ne changent pas entre les deux décisions. Cependant, les juges du palais royal instaurent clairement et explicitement une échelle des sanctions à prendre en fonction de la nature de l'illégalité commise, dans l'objectif de sauvegarder le contrat au détriment de son illégalité.

I : L'évolution de la physionomie du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers.

Le recours en contestation de la validité du contrat par les tiers est une création prétorienne issue de la décision du Conseil d'État du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*²⁷⁴⁷. Cette décision ouvre « aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif » un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat pour contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles²⁷⁴⁸. Ce

²⁷⁴⁶ CE, 18 juin 1860, *Duc de Clermont-Tonnerre*, Rec. p. 460 – CE, 30 avril 1863, *Ville de Boulogne*, Rec. p. 404.

²⁷⁴⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁴⁸ Le recours *Tropic* est également recevable à l'encontre d'un avenant s'il s'apparente à un nouveau contrat : TA Nantes, 5 juin 2013, *Société SOFCO*, n° 119342.

recours, communément appelé « *Recours Tropic* », doit être exercé dans un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées » de la conclusion du contrat, laquelle rend le concurrent évincé irrecevable à demander « l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables préalables qui en sont détachables ». Au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, les concurrents évincés recevables à former un tel recours sont l'ensemble des requérants qui ont effectivement été évincés d'une procédure de passation, mais également tout requérant qui aurait eu un intérêt à conclure le contrat alors même qu'il n'a pas présenté sa candidature, qu'il n'a pas été admis à présenter une offre ou qu'il a présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable²⁷⁴⁹. Les moyens pouvant être soulevés ne sont limités ni dans leur nature, ni dans leur impact sur la situation du requérant, puisque ce dernier peut invoquer « tout moyen »²⁷⁵⁰ à l'appui de son recours. Toutes les irrégularités sont invocables, y compris celles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le préfet dispose également, depuis la loi du 2 mars 1982²⁷⁵¹, d'un déféré préfectoral pouvant aboutir à l'annulation du contrat²⁷⁵². Au départ considéré comme un recours pour excès de pouvoir, le déféré préfectoral s'apparente aujourd'hui à un recours de pleine juridiction²⁷⁵³.

Le Conseil d'État modifie sensiblement la physionomie du recours en contestation de validité du contrat dans la décision *Département du Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014²⁷⁵⁴. Désormais, tout tiers à un contrat administratif²⁷⁵⁵ est recevable à former un recours de pleine

²⁷⁴⁹ CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446, *Rec.* p. 148 ; *AJDA* 2012. 1109, note P. Cassia ; *BJCP* 2012, p. 386, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, repère 1, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 64, note F. Brenet.

²⁷⁵⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. – CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

²⁷⁵¹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982 p. 730.

²⁷⁵² CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff et Société NCR*, n° 64954, *Rec. T.* p. 659 – CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, n° 99643, *Rec. T.* p. 801 ; *AJDA* 1994. 898, concl. C. Maugué.

²⁷⁵³ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n° 348647, *Rec.* p. 662 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri ; *RJEP* 2012, comm. 25, F. Brenet ; *AJDA* 2012. 1064, note M. Quyyollet ; *BJCP* 2012, p. 125, concl. B. Dacosta ; *RFDA*. 2012. 683, note P. Delvolvé ; *RJEP* 2012, comm. 25, note F. Brenet.

²⁷⁵⁴ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁷⁵⁵ *A contrario*, les tiers aux contrats privés de l'administration ne sont pas recevables à former un tel recours. À ce sujet, Pierre Devolvé affirme qu'« il reste à savoir si le juge judiciaire pourrait connaître d'un recours de tiers contre ces contrats de droit privé, analogue à celui du recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs devant le juge administratif. La réponse relève du droit de la procédure civile, et plus particulièrement des solutions de la jurisprudence judiciaire à l'égard de la contestation de contrats de droit

juridiction contestant « *la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ». Cette décision « *répare cette lacune congénitale de la jurisprudence Tropic* »²⁷⁵⁶ en élargissant le champ des requérants susceptibles de saisir le juge du contrat, qui n'est plus limité aux seuls concurrents évincés. Cet élargissement conduit à considérer le juge du contrat « *comme un juge autant soucieux du respect de la légalité que de la stabilité des relations contractuelles* »²⁷⁵⁷. Le principe selon lequel les tiers à un contrat ne pouvaient introduire un recours devant le juge du contrat est renversé²⁷⁵⁸. Ainsi, l'unification du contentieux des contrats administratifs est réalisée, car « *dans tous les cas, il s'exerce devant le juge du contrat, il porte sur la validité du contrat, il est un contentieux de pleine juridiction* »²⁷⁵⁹. Toutefois, la catégorie des tiers recevable à former un tel recours n'est pas homogène, puisque le Conseil d'État adopte une « *approche catégorielle de l'intérêt à agir* »²⁷⁶⁰ en distinguant entre les tiers ordinaires et les tiers privilégiés.

Le préfet et les membres des organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements n'ont pas à démontrer leur intérêt à agir, leur seule qualité suffisant à leur conférer un tel intérêt. À cet égard, ils sont considérés comme des tiers privilégiés, ou spéciaux²⁷⁶¹, à la différence des autres tiers dont la recevabilité du recours est conditionnée par la démonstration de ce qu'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou ses clauses.

L'opérance des moyens est également différente selon la qualité du requérant. Les tiers privilégiés peuvent invoquer tout moyen à l'appui de leur recours. Pour les autres tiers, les vices invoqués doivent être en rapport direct avec l'intérêt lésé²⁷⁶² dont ils se prévalent. À ce titre, la décision *Département du Tarn-et-Garonne* « *opère clairement une sorte de « Smirgeomisation »* »²⁷⁶³ du recours en contestation de la validité du contrat. Les tiers

privé par des tiers ». P. DELVOLVÉ, note sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RFDA 2014, p. 439.

²⁷⁵⁶ F. BRENET, comm. sous CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, Dr. adm. 2014, comm. 36.

²⁷⁵⁷ J.-F. LAFAIX, comm. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RJEP 2014, comm. 31.

²⁷⁵⁸ P. DELVOLVÉ, note préc.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 439.

²⁷⁶⁰ E. LANGELIER, « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », JCP A 2014. 2330.

²⁷⁶¹ P. DELVOLVÉ, note préc., p. 438.

²⁷⁶² S. BRACONNIER, note préc. : « l'arrêt préfère ainsi l'expression d'« intérêt lésé » à celle, plus restrictive, de droits lésés qui prévaut habituellement dans le contentieux de pleine juridiction ».

²⁷⁶³ F. BRENET, comm. préc. – F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, obs. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, Contrats et marchés publ. 2014, repère 5.

ordinaires peuvent également invoquer les vices « *d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* », même s'ils n'ont pas de rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent. Par cette précision, le Conseil d'État permet de ne pas laisser subsister les vices les plus graves qui n'ont pu être sanctionnés dans le cadre d'un autre recours²⁷⁶⁴. Afin de déterminer la nature de tels vices, Bertrand Dacosta propose « *de puiser son inspiration dans la jurisprudence Béziers 1, laquelle, dans le cadre d'un contentieux entre les parties, exclut que le juge puisse appliquer le contrat si son contenu est illicite ou si les conditions dans lesquelles a été donné le consentement de la personne publique sont entachées d'une grave irrégularité* »²⁷⁶⁵. S'il semble évident que de tels vices doivent être relevés d'office dans le cadre du contentieux des tiers, il est probable que le juge élargisse cette catégorie à certaines irrégularités relatives aux règles de la commande publique, telles par exemple qu'un manquement délibéré et frauduleux aux règles de publicité et de mise en concurrence²⁷⁶⁶. En effet, les logiques de ces deux types de contentieux sont différentes, les tiers ayant en grande majorité pour objectif de faire respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence et n'ayant pas à observer le principe de loyauté des relations contractuelles²⁷⁶⁷. Ainsi, le Conseil d'État entend certainement maintenir « *une différence dans le traitement des recours des parties de ceux des tiers* »²⁷⁶⁸. La nature des vices relevés d'office par le juge ne peut donc être simplement transposée d'un contentieux à l'autre.

Désormais, pour tous les contrats signés après le 4 avril 2014, le recours créé par la décision *Département du Tarn-et-Garonne* se substitue au recours *Tropic*, « *qu'elle absorbe* », ainsi qu'au déféré préfectoral, « *dont elle devient la nouvelle modalité d'examen* ». Ce nouveau recours ferme totalement la porte au recours pour excès de pouvoir contre certains actes détachables du contrat, à savoir le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer²⁷⁶⁹.

²⁷⁶⁴ *Ibid.* : « le but est de permettre que les vices les plus graves qui n'auraient pu être sanctionnés dans le cadre d'un référé précontractuel ne restent pas impunis ».

²⁷⁶⁵ B. DACOSTA, concl. sur CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RFDA 2014, p. 428.

²⁷⁶⁶ S. BRACONNIER, note préc.

²⁷⁶⁷ Cf. *Infra*.

²⁷⁶⁸ J.-F. LAFAIX, comm. préc.

²⁷⁶⁹ Trois exceptions subsistent : les clauses réglementaires, les actes détachables contre les contrats de droit privé, et le déféré préfectoral introduit avant la signature du contrat. V., sur cette question, F. BRENET, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », *AJDA* 2014, p. 2061 – D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015, p. 727.

La particularité nouvelle du recours en contestation de validité du contrat réside ainsi dans la dichotomie que le Conseil d'État instaure entre les différentes catégories de tiers. Ainsi, « *la catégorie des tiers n'a pas totalement refusionné : des tiers « privilégiés » coexistent avec les tiers « génériques », ce qui se traduit dans la subjectivation variable de la recevabilité de leurs requêtes* »²⁷⁷⁰. La décision *Département du Tarn-et-Garonne* institue donc, s'agissant des tiers ordinaires, « *un « double filtre », au stade de la recevabilité du recours et de l'opérance des moyens, avant même que ne se pose la question de la régularité du contrat* »²⁷⁷¹. Ce n'est qu'à l'issue de ces premières vérifications que le juge statue au fond. À ce titre, il dispose d'une palette de pouvoirs dont la mise en œuvre a sensiblement changé avec la décision de 2014.

II : L'évolution des pouvoirs du juge dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers.

Dans le cadre du recours *Tropic*, le juge dispose d'une large palette de pouvoirs lui permettant d'adapter au mieux la sanction « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise* »²⁷⁷². Il revient au juge du contrat soit de prononcer sa résiliation ou modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution²⁷⁷³, soit d'indemniser les droits lésés, soit de prononcer l'annulation partielle ou totale du contrat, le cas échéant avec un effet différé, si elle ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants. Dans le cadre du déferé préfectoral, le juge dispose des mêmes pouvoirs, hormis celui d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés²⁷⁷⁴.

Dans la décision *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État fait sensiblement évoluer les pouvoirs du juge dans le sens d'une « *amélioration* »²⁷⁷⁵ ou d'un

²⁷⁷⁰ E. LANGELIER, art. préc.

²⁷⁷¹ S. BRACONNIER, obs. préc., p. 344.

²⁷⁷² CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁷³ Le Conseil d'État ajoute « *éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante* ».

²⁷⁷⁴ L'impossibilité d'accorder des indemnités dans le cadre du déferé préfectoral s'explique par la qualité particulière du requérant, qui est le représentant de l'État. Ce dernier, garant de la légalité, ne cherche pas à faire réparer un intérêt lésé.

²⁷⁷⁵ Ph. REES, « Tropic II est arrivé. – À propos de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5.

« *ajustement* »²⁷⁷⁶. Dans un premier temps, après avoir pris en considération la nature des vices invoqués, il revient au juge soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe²⁷⁷⁷. Dans un second temps, et en présence d'irrégularités qui empêchent la poursuite de l'exécution du contrat, il revient au juge de prononcer soit la résiliation du contrat, soit son annulation partielle ou totale uniquement si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office. Avant de prononcer la résiliation ou l'annulation, le juge doit vérifier que la disparition du contrat ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Ce dernier ne dispose plus du pouvoir de modifier certaines clauses du contrat, prérogative qui lui était reconnue dans la décision *Tropic*.

Il existe des différences de rédaction non négligeables entre les considérants de *Tropic* et de *Département du Tarn-et-Garonne*. D'abord, la résiliation et l'annulation du contrat ne sont possibles que si les irrégularités invoquées empêchent effectivement la poursuite de l'exécution du contrat. Le Conseil d'État limite donc explicitement les hypothèses d'extinction du contrat, en privilégiant sa poursuite et sa régularisation. Ensuite, la contrainte relative à la préservation de l'intérêt général s'applique à la fois pour la résiliation et l'annulation, et non plus pour la seule annulation. À cet égard, il y a lieu de souligner que l'intérêt des cocontractants n'est plus une exigence à prendre en compte lorsqu'est décidée la disparition du contrat. Enfin, et surtout, les mesures d'annulation ne peuvent désormais être prononcées que si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office. À ce titre, le Conseil d'État renforce le caractère exceptionnel de l'annulation²⁷⁷⁸ qui devient la sanction « *ultime* »²⁷⁷⁹, puisque seuls les vices que le juge est tenu de relever d'office peuvent mener à la disparition rétroactive du contrat²⁷⁸⁰.

²⁷⁷⁶ A. BRETONNEAU et J. LESSI, chron. préc., p. 1035.

²⁷⁷⁷ Si les parties ne respectent pas ce délai, le contrat est résilié ou résolu.

²⁷⁷⁸ Le terme « renforcer » est choisi en raison de l'analyse de la jurisprudence préexistante à la décision *Département du Tarn-et-Garonne* qui dévoile que l'annulation n'était pas la norme. V. en ce sens A. BRETONNEAU et J. LESSI, chron. préc., p. 1036 : « *ni dans le recours Tropic, ni dans les recours Commune de Béziers I et II, l'annulation du contrat n'est plus la norme - elle est, au contraire, l'exception* ».

²⁷⁷⁹ S. BRACONNIER, note préc.

²⁷⁸⁰ A. BRETONNEAU et J. LESSI, chron. préc., p. 1039.

Par conséquent, la poursuite et la régularisation du contrat doivent désormais occuper « *une place centrale dans le raisonnement du juge* »²⁷⁸¹. Comme le souligne Pierre Delvolvé²⁷⁸², la possibilité de poursuivre l'exécution du contrat vient en premier lieu, alors que cette solution n'était que la deuxième dans la décision *Tropic*. Ainsi, « *la consigne est celle du maintien du contrat tant que faire se peut* »²⁷⁸³ dans l'objectif de « *faire prévaloir la stabilité des relations contractuelles sur le strict respect de la légalité* »²⁷⁸⁴. L'annulation du contrat est en effet plus difficile à obtenir puisque le juge doit dorénavant la réserver à la sanction des vices les plus graves et doit privilégier la régularisation du contrat ou, à défaut, sa résiliation. La reconfiguration instaurée par la décision *Département du Tarn-et-Garonne* révèle ainsi que « *la recherche d'une plus grande sécurité juridique – au sens de stabilité des relations contractuelles – est devenue le nouveau paradigme du contentieux contractuel, en renvoyant au second plan l'impératif de légalité objective* »²⁷⁸⁵. Une analyse approfondie de la décision du 4 avril 2014 dévoile également l'existence de précisions utiles dans la mise en œuvre des pouvoirs du juge, qui soulève la question d'une échelle des sanctions fondée sur la temporalité des fonctions des principes de la commande publique.

B : L'impact réduit d'une définition des fonctions propre des principes dans l'élaboration d'une échelle des sanctions.

Par une rédaction quelque peu désorganisée, la décision *Tropic* énumère mécaniquement les différents pouvoirs dont dispose le juge. À cet égard, il est au départ difficile de disposer d'une visibilité sur la nature des sanctions à adopter en fonction des faits commis. Une analyse de la jurisprudence permet cependant d'adopter une classification des sanctions en fonction de plusieurs paramètres. Selon Guylain Clamour, la mise en œuvre des pouvoirs du juge des contrats révèle l'existence « *d'une échelle d'annulation à plusieurs degrés, de l'absence d'annulation à l'annulation à plusieurs facettes* »²⁷⁸⁶. L'analyse de la jurisprudence dévoile effectivement l'existence d'une échelle des sanctions, allant de la

²⁷⁸¹ P. REES, art. préc.

²⁷⁸² P. DELVOLVÉ, note préc., p. 440.

²⁷⁸³ E. LANGELIER, art. préc.

²⁷⁸⁴ O. DIDRICHE, « Panorama des recours contentieux en matière de marchés publics », *AJCT* 2014, p. 434.

²⁷⁸⁵ S. DYENS, note sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *AJCT* 2014, p. 375.

²⁷⁸⁶ G. CLAMOUR, « Un an sous le soleil de “Tropic” : recueil de décisions », *Contrats et marchés publ.* 2008, chr. 2.

poursuite de l'exécution du contrat jusqu'à son annulation totale. Le curseur du choix de la sanction doit dépendre, selon le Conseil d'État, « *de la nature de l'illégalité éventuellement commise* »²⁷⁸⁷, qui résulte en grande partie d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence²⁷⁸⁸. L'intensité de la sanction dépend ainsi de plusieurs éléments, qui résident dans les conséquences de l'irrégularité sur le déroulement de la procédure de passation et dans le comportement de l'autorité adjudicatrice (I).

La rédaction du considérant de la décision *Département du Tarn-et-Garonne* sur l'office du juge est affinée et permet d'entrevoir clairement une échelle des sanctions, dont le Conseil d'État précise la mise en œuvre. La temporalité des fonctions des principes de la commande publique n'a que peu d'utilité dans ce cadre, les juges du palais royal demeurant très intelligibles sur l'office du juge du contrat. La détermination des fonctions propres des principes permet seulement de préciser certaines notions encore floues, telles que la catégorie des « *vices d'une particulière gravité* »²⁷⁸⁹ qui justifie la disparition rétroactive du contrat (II).

I : L'absence d'impact dans le cadre du recours *Tropic*.

Dans le cadre du recours *Tropic*, le juge peut décider de la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve éventuelle de mesures de régularisation par la collectivité contractante²⁷⁹⁰. C'est le cas des irrégularités mineures qui n'influencent pas le déroulement de la procédure et le choix de l'attributaire du contrat²⁷⁹¹, ainsi que des illégalités plus importantes mais purement formelles dont la régularisation permet de poursuivre l'exécution du contrat. Dans ce dernier cas, le juge enjoint à la collectivité de régulariser les vices constatés et fixe un délai dont l'irrespect entraîne la disparition du contrat. Par exemple, ne justifie pas la disparition du contrat sous réserve d'une régularisation, l'irrégularité de la

²⁷⁸⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁸⁸ Ce sont en effet les irrégularités le plus souvent invoquées, les requérants ayant la qualité de concurrents évincés d'une procédure de passation.

²⁷⁸⁹ CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁷⁹⁰ Voir, à ce titre, J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, thèse préc.

²⁷⁹¹ Par exemple, ne justifie pas l'annulation du contrat l'absence de mention dans la publicité initiale du recours à la négociation, cette irrégularité n'ayant pas entraîné de rupture d'égalité entre les candidats : CAA Nantes, 7 juin 2013, *Société Phytorem SA*, n° 11NT03240.

composition de la commission d'appel d'offre²⁷⁹², l'incompétence des organes délibérants qui ne pouvaient régler que les affaires courantes²⁷⁹³, l'insuffisance des informations communiquées aux élus pour l'adoption d'une délégation de service public²⁷⁹⁴. De manière générale, il s'agit de vices qui n'affectent pas la validité du contrat et ne justifie donc pas son annulation ou sa résiliation. Tel est le cas du non-respect de l'obligation de mention des voies et délais de recours et du délai de *standstill*, dont l'objectif est seulement de permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel²⁷⁹⁵. Lorsqu'une illégalité est constatée, la poursuite de l'exécution du contrat sous réserve éventuelle d'une régularisation est la mesure la moins grave que puisse prendre le juge.

Le juge peut également décider de prononcer la résiliation du contrat, c'est-à-dire sa disparition non rétroactive, lorsque l'irrégularité invoquée a exercé une influence déterminante sur le choix de l'attributaire. Cette mesure permet de sanctionner les illégalités suffisamment importantes pour entraîner la disparition non rétroactive du contrat, mais non suffisamment graves pour entraîner son annulation²⁷⁹⁶ « *en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat* »²⁷⁹⁷. Par exemple, un défaut d'information des candidats à une délégation de service public sur les critères de sélection des offres justifie une mesure de résiliation du contrat, mais non son annulation²⁷⁹⁸. À cet égard, la résiliation est une sanction « intermédiaire » entre le maintien du contrat sous réserve éventuelle de mesure de régularisation et son annulation rétroactive.

²⁷⁹² CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302 ; *AJDA* 2013. 260 ; *AJCT* 2013. 303, obs. M. Philip-Gay ; *JCP A* 2013. 2185, concl. G. Pellissier ; *Contrat et marchés publ.* 2013, comm. 87, note J.-P. Piétri.

²⁷⁹³ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁷⁹⁴ CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole*, n° 352417 ; *JCP A* 2012, act. 486 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 257, obs. G. Eckert.

²⁷⁹⁵ CE, 3 décembre 2014, *Société Bancel*, n° 366153 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 55, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁷⁹⁶ TA Paris, 2 juillet 2010, *Société Cegelec Paris*, n° 08-12756 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 360, obs. F. Llorens.

²⁷⁹⁷ CAA Lyon, 3 octobre 2013, *Société Faure*, n° 12LY02248 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 328, note M. Ubaud-Bergeron. Il y a lieu de noter que dans cette décision, la Cour administrative d'appel reproduit une logique initiée par le juge de l'exécution dans une décision du Conseil d'État du 12 décembre 2012, *Société Lyonnaise des eaux de France*, n° 355127 : « *considérant que le vice entachant les délibérations annulées, tiré de l'absence d'information des candidats sur les critères de sélection des offres, a affecté gravement la régularité de la mise en concurrence et la légalité du choix du délégataire ; que, toutefois, cette illégalité, qui n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le bien fondé de la délégation de ces services publics, et en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, ne justifie pas que soit recherchée une résolution des conventions* ».

²⁷⁹⁸ CAA Nantes, 1^{er} juillet 2011, *Société SAUR*, n° 10NT2576.

Lorsque « *la nature de l'illégalité éventuellement commise* »²⁷⁹⁹ et les circonstances dans lesquelles elle a été faite le justifient, le juge peut prononcer l'annulation partielle ou totale du contrat, sous réserve qu'elle ne porte pas « *une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants* »²⁸⁰⁰. L'analyse de la jurisprudence révèle que la disparition rétroactive du contrat n'a vocation qu'à sanctionner les vices les plus graves ; il existe donc un parallèle entre la gravité de l'irrégularité commise et la gravité de la sanction prononcée. De manière générale, les vices les plus graves justifiant l'annulation du contrat sont les manquements significatifs aux règles de passation qui dévoilent une intention de la part de l'autorité adjudicatrice de favoriser un opérateur économique, et qui affecte la validité même du choix de l'attributaire. C'est le cas lorsque la collectivité retient une offre qui ne respectait pas le règlement de consultation²⁸⁰¹, ou adopte une conduite qui a pour effet de favoriser l'attributaire du contrat²⁸⁰². Cette catégorie d'irrégularités justifie « *à elle seule* »²⁸⁰³ l'annulation du contrat, éventuellement avec un effet différé. L'annulation peut également être prononcée pour sanctionner un vice suffisamment grave ayant des conséquences sur l'intégralité de la procédure de mise en concurrence, de la publicité initiale jusqu'au choix de l'attributaire. C'est le cas des irrégularités qui interviennent en amont de la procédure de passation, telles qu'une insuffisance dans la définition et l'étendue des besoins²⁸⁰⁴, ou l'utilisation d'une procédure adaptée alors qu'une procédure formalisée s'imposait²⁸⁰⁵.

L'analyse de la jurisprudence révèle ainsi que la sanction prononcée par le juge du contrat dépend de la nature de l'irrégularité commise et des circonstances de l'espèce. Lorsque l'illégalité commise n'a pas d'influence déterminante sur la procédure, le juge prononce la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve éventuelle de mesure de régularisation. Lorsque l'illégalité commise a eu une influence déterminante sur le choix de l'attributaire mais ne révèle pas une intention de favoriser ce dernier, le juge prononce une mesure de résiliation. L'annulation n'est prononcée que pour sanctionner les vices les plus graves qui affectent la validité même du choix de l'attributaire, car ils révèlent une intention de favoriser

²⁷⁹⁹ *Idem.*

²⁸⁰⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁸⁰¹ TA Nîmes, 18 septembre 2008, *Société Veolia Eau*, n° 0700470 – CAA Lyon, 5 mai 2011, *Société SMTP*, n° 10LY00134 – CAA Bordeaux, 12 février 2013, *Bureau européen d'assurance hospitalière*, n° 11BX03355.

²⁸⁰² TA Orléans, 27 mai 2008, *Arima Consultants*, n° 0704464 – CAA Paris, 11 février 2014, *Opaly*, n° 13PA03152 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 125, note M. Ubaid-Bergeron.

²⁸⁰³ CAA Bordeaux, 12 février 2013, *Bureau européen d'assurance hospitalière*, préc.

²⁸⁰⁴ CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, n° 12DA00780 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 67, note G. Eckert.

²⁸⁰⁵ CAA Marseille, 10 octobre 2011, *Département de Corse du Sud*, n° 09MA04637.

l'attributaire ou ont influencé la mise en œuvre de l'intégralité de la procédure de passation. Il existe donc une échelle des sanctions, mais dont la mise en œuvre ne dépend pas de la temporalité des fonctions des principes de la commande publique. Le recours *Tropic* dévoile ainsi les limites de l'intérêt d'une définition des fonctions propres à chaque principe, qui dispose d'une utilité limitée dans le contentieux contractuel. Cet intérêt peut être revalorisé dans le cadre du nouveau recours en contestation de la validité du contrat.

II : Un impact réduit dans le cadre du recours de la décision Département du Tarn-et-Garonne.

Dans la décision *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État affine l'énumération des pouvoirs dont dispose le juge du contrat, en consacrant explicitement l'existence d'une échelle des sanctions. La temporalité des fonctions des principes de la commande publique permet de préciser le fonctionnement de cette échelle.

Pour Stéphane Braconnier²⁸⁰⁶, deux types d'irrégularité sont à distinguer : les irrégularités substantielles insusceptibles de régularisation qui entraînent la disparition du contrat ; les irrégularités non substantielles qui n'empêchent pas la poursuite de l'exécution du contrat. Cette présentation binaire ne permet pas d'apprécier la gradation existante entre les différentes sanctions dont dispose le juge du contrat. À cet égard, Philippe Rees²⁸⁰⁷ utilise l'image de l'échelle des sanctions, qui retrace l'organisation et la mise en œuvre des pouvoirs du juge. D'après cet auteur, on trouve aux deux extrémités de cette échelle les hypothèses de poursuite de l'exécution du contrat ou son annulation. Au centre, on trouve la régularisation et la résiliation qui intervient lorsque la régularisation n'est pas possible. Selon cet auteur, « *cette position centrale est sans doute très large* »²⁸⁰⁸, car les illégalités suffisamment graves pour justifier l'annulation « *ne sont pas légion* »²⁸⁰⁹, et « *il en va sans doute de même* »²⁸¹⁰ pour celles suffisamment minimales pour ne pas faire obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat.

²⁸⁰⁶ S. BRACONNIER, note préc.

²⁸⁰⁷ Ph. REES, note préc.

²⁸⁰⁸ *Idem.*

²⁸⁰⁹ *Idem.*

²⁸¹⁰ *Idem.*

Les atteintes permettant au juge de décider de la poursuite de l'exécution du contrat ou de sa régularisation sont certainement les mêmes que celles qui existent dans le cadre de la jurisprudence *Tropic*²⁸¹¹. Il s'agit des irrégularités qui n'ont exercé aucune influence sur le choix de l'attributaire et qui ne portent donc pas atteinte à l'un des principes de la commande publique, ou de manière insuffisante.

En revanche, le parallèle avec la décision *Tropic* n'est pas permis s'agissant de l'annulation, puisqu'elle est désormais réservée à la sanction des vices les plus graves. Selon le Conseil d'État, l'annulation n'est possible qu'en raison de l'illicéité du contenu du contrat, d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité. S'il est aisé de déterminer les vices relatifs au contenu du contrat ou aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il est plus difficile d'appréhender la nature des autres vices qui justifient la disparition rétroactive du contrat. Un rapprochement peut être fait avec le contentieux des parties à travers la décision du Conseil d'État du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*²⁸¹². Lorsqu'un litige survient entre les parties au contrat, le juge ne peut l'annuler ou l'écarter qu'en raison d'un vice tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou de tout autre vice d'une particulière gravité, relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁸¹³. Pour Philippe Rees, la convergence de ces jurisprudences « invite à chercher des réponses dans celle issue de la décision commune de Béziers »²⁸¹⁴. Toutefois, comme le souligne l'auteur, cette jurisprudence est très peu fournie et le juge des parties doit tenir compte, dans le choix de sa solution, du principe de loyauté des relations contractuelles, principe inexistant dans le contentieux des tiers. De plus, les tiers ayant un délai de deux mois pour exercer leur recours, l'exécution du contrat est peu avancée lorsque le juge statue, contrairement au contentieux des parties dans lequel le contrat a souvent fait l'objet de plusieurs années d'exécution. À cet égard, la catégorie des vices « d'une particulière gravité » est certainement plus conséquente dans le contentieux des tiers que dans celui des parties. En attendant les premières applications positives de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, il y a lieu d'essayer de déterminer cette catégorie de vices qui entraîne l'annulation rétroactive du contrat à la demande d'un tiers.

²⁸¹¹ Cf. *Supra*.

²⁸¹² CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸¹³ *Infra*.

²⁸¹⁴ Ph. REES, note préc.

Les vices entraînant l'annulation du contrat sont ceux qui doivent être relevés d'office par le juge²⁸¹⁵. Par conséquent, il ne peut s'agir que des vices d'une gravité certaine, dont la méconnaissance affecte considérablement l'ensemble de la procédure de passation et le choix du cocontractant. Une interrogation porte sur la nature de ces vices au regard des principes de la commande publique. Le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence bénéficie à une catégorie très large d'opérateurs économiques, les candidats potentiels, et conditionne l'existence et le déroulement de la procédure de passation dans son intégralité²⁸¹⁶. À ce titre, ce principe initial de la commande publique dispose d'une fonction fondamentale. Toute irrégularité relative à la liberté d'accès est donc susceptible de vicier l'ensemble de la procédure, de son commencement jusqu'au choix de l'attributaire du contrat. Par conséquent, il y a lieu d'admettre qu'une atteinte à ce principe puisse justifier l'extinction rétroactive du contrat. Ce n'est pas le cas des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Ces principes ne bénéficiant quasiment qu'aux candidats réels²⁸¹⁷, leurs méconnaissances sont préjudiciables aux règles de la commande publique dans une moindre mesure, et disposent d'un impact plus réduit sur le déroulement de l'ensemble de la procédure de passation. Ainsi, il ne semble pas opportun d'admettre que les irrégularités relatives à l'égalité et à la transparence fassent parties des vices d'une particulière gravité et puissent entraîner une disparition rétroactive du contrat.

Toutes les atteintes au principe de liberté d'accès ne peuvent cependant justifier l'annulation du contrat à la demande d'un tiers. Le Conseil d'État réservant la disparition rétroactive uniquement au vice d'une particulière gravité, seules les irrégularités manifestes au principe de liberté légitiment l'annulation du contrat. La passation d'un contrat de gré à gré, l'utilisation d'une procédure moins contraignante que celle qui aurait dû être mise en œuvre, une méconnaissance de l'obligation d'allotir dans le cadre de la passation d'un marché public, ou l'exigence de conditions de candidature qui entravent manifestement l'accès d'un nombre conséquent d'opérateurs économiques sont autant d'irrégularités susceptibles d'entraîner l'annulation du fait de leur caractère particulièrement grave. Dans le cas inverse, le juge dispose de la possibilité de prononcer la résiliation du contrat.

²⁸¹⁵ CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁸¹⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁸¹⁷ À l'exception du principe de transparence dans le cadre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure, qui bénéficie en partie aux candidats potentiels, à travers l'obligation de publicité initiale.

La résiliation a vocation à être prononcée pour sanctionner les vices qui ne peuvent être couverts par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite du contrat, sans pour autant constituer des vices d'une particulière gravité justifiant une annulation. Pour Jean-François Lafaix, « *c'est probablement le cas de nombreux vices entachant la procédure de publicité et de mise en concurrence* »²⁸¹⁸. Cette catégorie assez large de vices devra probablement réunir l'ensemble des irrégularités relatives aux principes de la commande publique qui auront des conséquences sur le déroulement de la procédure ainsi que le choix de l'attributaire du contrat. Toute atteinte aux principes d'égalité, de transparence et de liberté d'accès non régularisable justifie ainsi une mesure de résiliation.

La définition des fonctions propres des principes dispose ainsi d'un impact réduit sur le contentieux contractuel à l'initiative des tiers. Dans le cadre du recours *Département du Tarn-et-Garonne*, elle permet seulement de préciser la nature des irrégularités justifiant la disparition ou le maintien du contrat. S'agissant du contentieux des parties, la définition des fonctions propres dispose encore de moins d'implications.

Paragraphe 2 : Un impact absent dans le contentieux contractuel à l'initiative des parties.

La qualité de partie au contrat s'applique à « *toute personne ayant donné directement ou indirectement son consentement au contrat* »²⁸¹⁹. Le contentieux entre les parties concerne tous les litiges relatifs à l'exécution du contrat ainsi qu'à la contestation de sa validité.

Avant la décision *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009²⁸²⁰, « *toute irrégularité entachant de près ou de loin le contrat constituait une cause de nullité* »²⁸²¹. La nullité du contrat pouvait être contestée par voie d'action ou par voie d'exception à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution du contrat. Dans ce cadre, « *l'exception de nullité était ainsi*

²⁸¹⁸ J.-F. LAFAIX, note préc.

²⁸¹⁹ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 709.

²⁸²⁰ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸²¹ E. GLASER, « Les habits neufs du juge du contrat », *AJDA* 2011, p. 311. Pour une liste exhaustive des irrégularités de nature à entraîner la nullité du contrat, v. E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 513.

*devenue pour la partie mise en cause une sorte de remède miracle lui permettant de se délier de ses obligations contractuelles »*²⁸²². L'arrêt *Commune de Béziers* modifie considérablement le contentieux contractuel entre les parties, puisqu'il indique que le juge du contrat doit désormais vérifier que les irrégularités soulevées par les parties pour mettre fin au contrat sont de celles qui peuvent être invoquées au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Cette exigence permet de réduire les hypothèses d'annulation du contrat en autorisant le juge à écarter certains moyens soulevés par une des parties. Pour ces dernières, « *il est de leur devoir de se comporter avec loyauté et bonne foi dans l'exécution du contrat* »²⁸²³. En outre, le juge n'est plus enfermé dans une alternative de légalité ou de nullité, puisqu'il dispose d'une palette de pouvoirs lui permettant d'adapter au mieux sa décision.

Dans ce cadre, les fonctions des principes de la commande publique sont reléguées au second plan, puisqu'elles remplissent essentiellement des objectifs attachés aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la signature du contrat. Or, l'exécution des contrats est désormais animée par le souci de stabilité des relations contractuelles et l'application du principe de la force obligatoire du contrat²⁸²⁴. Par conséquent, le juge du contentieux des parties doit privilégier l'exécution du contrat, et non le rétablissement de la légalité précontractuelle. C'est pourquoi il est aujourd'hui difficile d'admettre qu'une atteinte aux principes de la commande publique puisse être invocable et effective dans le cadre du contentieux entre les parties (A). Par exception, le Conseil d'État indique que le contrat peut être annulé sur ce fondement lorsqu' « *eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat* »²⁸²⁵. Il convient de déterminer si la définition des fonctions propres des principes de la commande publique permet de définir le type d'irrégularités justifiant une disparition rétroactive du contrat. Cette interrogation démontre que dans ce cadre, la conception temporelle des principes ne dispose que d'un intérêt très mineur (B).

²⁸²² F. BRENET, « Confirmation de la jurisprudence Société Prest'Action, application et précision de la jurisprudence Commune de Béziers et conciliation entre imprévision et résiliation », note sous CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, *Dr. Adm.* 2010, comm. 52.

²⁸²³ E. GLASER, concl. préc., p. 514.

²⁸²⁴ Art. 1143 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

²⁸²⁵ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n° 338551, *Rec.* p. 5 ; *JCP A* 2011, 2049 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 88, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 29, note F. Brenet ; *RJEP* 2011, comm. 33, concl. N. Boulouis.

A : L'effectivité limitée des irrégularités relatives aux principes de la commande publique.

Le principe de loyauté des relations contractuelles n'est pas une création récente, puisqu'elle a toujours été implicitement admise²⁸²⁶. Seule son affirmation explicite par le Conseil d'État dans la décision *Commune de Béziers*²⁸²⁷ est nouvelle. Au sens de cette jurisprudence, le principe de loyauté des relations contractuelle n'est utile qu'au moment de la contestation de la légalité du contrat, par voie d'action comme par voie d'exception. Lorsque le juge du contrat constate l'existence d'irrégularités, il n'y remédie qu'« *après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui* »²⁸²⁸. Le principe de loyauté empêche qu'une partie se prévale, pour échapper au contrat, d'un vice qu'elle ne pouvait ignorer et qu'elle n'a pas contesté tant que le contrat ne la gênait pas. La loyauté contractuelle permet ainsi de « *tracer le seuil des demandes acceptables et de celles qui ne le sont pas* »²⁸²⁹. Lorsqu'il est saisi d'une demande d'annulation du contrat par voie d'action, ce n'est qu'« *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »²⁸³⁰ que le juge décide de la poursuite de l'exécution du contrat, de sa résiliation ou de son annulation. Lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, le juge doit, « *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »²⁸³¹, faire application du contrat. Ce n'est que dans le cas d'une irrégularité « *tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité* »²⁸³² que le juge doit écarter le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel. Ainsi, par une subjectivisation du contentieux des parties et une revalorisation de la stabilité des relations contractuelles, le Conseil d'État met fin à

²⁸²⁶ Pour un historique exhaustif de la notion de loyauté des relations contractuelle v. P. BOURDON, *op. cit.*, pp. 712 et s.

²⁸²⁷ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, préc.

²⁸²⁸ *Idem.*

²⁸²⁹ J. ROCHEFLED, « Les sources administratives du droit des contrats : le sort du contrat irrégulièrement conclu et la mutation des rôles du juge administratif et de la place du contrat au sein de l'action administrative », *RDC* 2010, p. 807.

²⁸³⁰ *Idem.*

²⁸³¹ *Idem.*

²⁸³² *Idem.*

l'obligation pour le juge de constater, par voie d'action comme par voie d'exception, la nullité du contrat illégal.

La question de l'invocabilité des irrégularités relatives aux règles de passation des contrats de la commande publique aux fins d'écarter ou d'annuler le contrat s'est rapidement posée aux juges des parties. En d'autres termes, ont été soulevées la pertinence et l'opportunité d'admettre que les atteintes aux principes de la commande publique étaient de celles dont pouvaient se prévaloir les parties au contrat. Avant la jurisprudence *Béziers I*, les irrégularités dans la procédure de passation étaient d'ordre public²⁸³³, et conduisaient donc le juge à les soulever d'office et à annuler le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel. Depuis cette jurisprudence, le Conseil d'État affirme clairement son opposition de principe à l'invocabilité des moyens tirés d'une méconnaissance des principes de la commande publique dans le cadre du contentieux entre les parties (I). Ce n'est que par exception que les juges acceptent d'annuler ou d'écarter le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel en raison d'une violation des règles de la commande publique (II). Cette hypothèse n'a été admise qu'une seule fois dans la jurisprudence du Conseil d'État, et son application positive semble difficilement concevable.

I : L'inadmissibilité de principe des moyens relatifs aux principes de la commande publique.

Selon le Conseil d'État, le juge ne peut écarter ou annuler le contrat qu'en raison de deux irrégularités : le caractère illicite du contenu du contrat ; un vice d'une particulière gravité, relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁸³⁴. Hormis ces deux hypothèses, les parties ne peuvent contester le contrat de façon déloyale en invoquant des irrégularités dont elles avaient connaissance et auxquelles elles ont consenti. La loyauté « *produit ainsi ses effets les plus sensibles en empêchant les parties au contrat d'en contester la validité. Elle vise à renforcer cette force obligatoire au-*

²⁸³³ CE, Sect., 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, n° 60877, *Rec.* p. 335 – CE, sect., 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet et demoiselle Moulinet*, *Rec.* p. 208 – CE, 28 juillet 2000, *M. Jacquier*, *Rec. T.* p. 1091 ; *BJCP* 2000, n° 13, concl. H. Savoie.

²⁸³⁴ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc. S'agissant des vices du consentement, on trouve le dol, la violence et l'erreur sur la chose ou sur la personne.

delà de ce qui est légalement justifié »²⁸³⁵. Par conséquent, les parties sont tenues par leur engagement dès lors qu'elles ont librement consenti au contrat, « *quand bien même elles auraient contracté dans des conditions irrégulières* »²⁸³⁶. L'emploi du terme « *notamment* », qui n'enferme pas les irrégularités invocables dans la catégorie des vices du consentement²⁸³⁷, permet de considérer qu'une violation caractérisée des principes de la commande publique constituerait « *un vice d'une particulière gravité* ».

Par une série de décisions rendues le 12 janvier 2011²⁸³⁸, le Conseil d'État déclare que « *lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige* ». Il est affirmé très clairement que les atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas des irrégularités dont les parties au contrat peuvent se prévaloir. Même si les arrêts statuent dans le cadre de la contestation d'une mesure d'exécution du contrat, la solution peut être importée dans le cadre de la contestation par voie d'action de la validité du contrat. Cette conception jurisprudentielle semble tout à fait logique au regard du principe de loyauté des relations contractuelles. D'abord, les irrégularités de la procédure de passation ne sont pas « *en soi un vice du consentement* »²⁸³⁹. Ensuite, ces irrégularités ne sont pas susceptibles de rendre le contrat néfaste *a posteriori* pour l'un des deux cocontractants. Enfin, les parties ne doivent pas pouvoir invoquer une violation des règles de passation dont ils sont les auteurs²⁸⁴⁰ ou les bénéficiaires²⁸⁴¹. Les parties ayant librement consenti à signer le contrat en ayant connaissance des irrégularités commises, elles font preuve d'un comportement déloyal en invoquant tout moyen pour se défaire de leurs obligations contractuelles. De plus, comme le

²⁸³⁵ J.-F. LAFAT, « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 365.

²⁸³⁶ *Ibid.*, p. 374.

²⁸³⁷ E. GLASER, « Béziers 1, à propos d'un « notamment », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 641.

²⁸³⁸ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, n° 332136, *Rec. T.* p. 1011 ; *AJDA* 2011. 72, et 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; *RDI* 2011. 270, obs. S. Braconnier – CE, 12 janvier 2011, *Société Léon Grosse*, n° 334320, *Rec. T.* p. 1010 ; *AJDA* 2011. 71.

²⁸³⁹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, *BJCP* 2010, p. 197.

²⁸⁴⁰ Selon l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude : CE, 29 décembre 1920, *May-Bing c/ Ministère de la guerre*, *Rec. p.* 1159 – CE, 1^{er} avril 1932, *Sieur Bagnolet*, *Rec. p.* 432 – CE, 10 juillet 1946, *Sieur Pommier*, *Rec. p.* 199 – CE, 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, *Rec. p.* 200.

²⁸⁴¹ CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, n° 301116, *Rec. T.* p. 850 ; *AJDA* 2010. 293 ; *RDI* 2010. 265, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2010. comm. 133, note G. Eckert ; *BJCP* 2010. 197 concl. N. Boulouis.

souligne Emmanuel Glaser²⁸⁴² dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Béziers*, ce sont les tiers qui ont intérêt à faire respecter les règles de passation, la sanction de leur violation ne doit donc pas relever de l'office du juge des parties.

Par conséquent, les parties ne peuvent invoquer une méconnaissance des règles de passation pour se délier de leurs obligations contractuelles. Cette affirmation doit être tempérée lorsque le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence a effectivement vicié le consentement de l'une des parties. Dans ce cadre, la partie concernée est légitime à invoquer cette irrégularité, puisqu'elle tient en réalité « *aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »²⁸⁴³. C'est le cas lorsque l'autorité adjudicatrice, démarchée par un opérateur économique, « *ignorait tant la consistance exacte de la prestation qui lui est proposée que son coût* » et ne s'était par conséquent pas engagée « *en connaissance de cause* »²⁸⁴⁴. Dans cette hypothèse, l'autorité adjudicatrice n'avait pas pleinement conscience de ses engagements, elle était donc en mesure, eu égard à la loyauté des relations contractuelles, d'invoquer un tel moyen. C'est également le cas lorsque l'autorité adjudicatrice, par des modifications substantielles intervenant tardivement en cours de procédure, vicie le consentement de l'attributaire du contrat²⁸⁴⁵.

La décision *Manoukian* établit ainsi « *un ordre des priorités* »²⁸⁴⁶ en faisant prévaloir le contrat sur les irrégularités commises au stade de la procédure de passation. Dans « *la mise en balance des priorités* »²⁸⁴⁷, la stabilité des relations contractuelles prime ainsi sur la légalité du contrat. Ce n'est que par exception qu'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence peut conduire le juge à annuler ou à écarter le contrat.

²⁸⁴² E. GLASER, concl. préc.

²⁸⁴³ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸⁴⁴ CAA Nancy, 4 juin 2012, *Société CTR*, n° 10NC02028.

²⁸⁴⁵ CAA Nantes, 4 juillet 2014, *Société Aeron France*, n° 13NT02676.

²⁸⁴⁶ S. BRACONNIER, « Contentieux des marchés publics : de « Béziers I » à « Béziers II », l'office du juge du contrat en mouvement... », *RDI* 2011, p. 270.

²⁸⁴⁷ *Idem*.

II : L'admissibilité d'exception des moyens relatifs aux principes de la commande publique.

La possibilité pour les parties de soulever des irrégularités relatives à la procédure de passation n'est pas totalement fermée, car « *par exception* », un tel manquement peut être invoqué lorsqu' « *eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat* »²⁸⁴⁸. Deux conditions cumulatives sont donc exigées, la gravité de l'irrégularité et les circonstances de l'espèce. Cette formulation rend difficile la perception de la nature des irrégularités susceptibles de relever de cette exception, d'autant que le Conseil d'État ne donne aucune précision à ce sujet. De plus, le caractère grave d'une illégalité découle d'une appréciation subjective qui interdit l'existence d'une solution jurisprudentielle automatique. En outre, la prise en compte des « circonstances » de l'espèce empêche une systématisation des moyens invocables, puisque par l'emploi de ce terme, le juge entend limiter la portée de chaque décision qu'il rend en ce sens²⁸⁴⁹. Par conséquent, il n'est pas possible actuellement de percevoir clairement la nature des illégalités susceptibles d'écarter le principe de loyauté des relations contractuelles. Ce manque de lisibilité paraît acceptable du fait de la spécificité du contentieux des parties au contrat, dont l'issue n'est plus réglée par une simple question de légalité. Les variations jurisprudentielles se justifient désormais au regard de l'interprétation donnée à la notion de loyauté des relations contractuelles²⁸⁵⁰. De plus, comme le souligne Nicolas Boulouis, « *si l'on peut définir une gradation, il y aurait un danger à s'en tenir à une échelle de valeurs absolue, sans tenir compte (...) des circonstances de l'espèce* »²⁸⁵¹. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique qui tiennent notamment à l'absence d'unité des modes de raisonnement employés par les juges du fond²⁸⁵², il conviendrait d'appréhender les contours des irrégularités à même d'écarter la loyauté des relations contractuelles dans un litige entre les parties.

²⁸⁴⁸ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁴⁹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, thèse, LGDJ, 1972, p. 106. V. par exemple CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, n° 340647 : « *si la commune de Baie-Mahault fait valoir que ce contrat aurait été passé irrégulièrement selon la procédure de marché négocié, sans la mise en concurrence prévue par l'article 312 bis du code des marchés publics alors applicable, et si elle se prévaut de l'absence d'avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, elle n'invoque notamment aucun élément relatif aux circonstances dans lesquelles ces irrégularités auraient été commises et ainsi susceptibles de conduire à écarter l'application du contrat* » (nous soulignons).

²⁸⁵⁰ M. UBAUD-BERGERON, note sous CE, 7e et 2e sous-sect., 4 mai 2015, n° 371455, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 172.

²⁸⁵¹ N. BOULOIS, concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, *RJEP* 2011, comm. 33.

²⁸⁵² J.-F. LAFAIX, *op. cit.*, p. 365.

Lorsque le Conseil d'État juge l'affaire au fond conformément à l'article L821-2 du Code de justice administrative²⁸⁵³, il exclut quasi-systématiquement l'invocabilité des moyens tirés d'une irrégularité dans la procédure de passation, quelque soient leur nature, « *eu égard aux circonstances* » de l'espèce. Sans précision sur ces circonstances, il est difficile de concevoir en quoi certaines illégalités, pourtant manifestes, ne peuvent être considérées comme un vice d'une particulière gravité. Actuellement, une seule décision du Conseil d'État écarte l'application du contrat sur le fondement d'un moyen tiré de l'illégalité de la procédure de passation. Dans l'affaire *Commune de Baie-Mahault* du 10 octobre 2012²⁸⁵⁴, les juges du palais royal considèrent que la mise en œuvre, à deux reprises, d'une clause de tacite reconduction constitue « *une violation manifeste des règles de la commande publique* » et révèle « *une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence* » qui justifie que le contrat soit écarté pour régler le litige. D'une part, cette jurisprudence ne peut être étendue à tous les cas relatifs aux clauses de tacite reconduction, cette solution résultant explicitement des « *circonstances de l'espèce* »²⁸⁵⁵, du fait notamment de la dimension « *quasi-pénale* »²⁸⁵⁶ du comportement de l'autorité adjudicatrice. D'autre part, par son caractère isolé, cette décision est considérée par certains comme une « *anomalie* » dans le paysage jurisprudentiel²⁸⁵⁷. Le Conseil d'État n'a d'ailleurs pas maintenu cette jurisprudence dans des affaires ultérieures et similaires²⁸⁵⁸.

Ainsi, l'analyse du droit positif révèle que deux irrégularités relatives aux règles de passation justifient d'écarter ou d'annuler le contrat : les vices du consentement et les manquements qui dévoilent une intention des parties « *de contourner délibérément les règles de la commande*

²⁸⁵³ Art. L821-2 du Code de justice administrative : « *s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* ».

²⁸⁵⁴ CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, préc.

²⁸⁵⁵ *Ibid.* : « *qu'en l'espèce, l'application de cette clause ne pouvait que manifester une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence pour faire bénéficier la société Serco de l'exclusivité de ces prestations ; que, dans les circonstances de l'espèce, cette irrégularité doit être regardée comme particulièrement grave et comme ne permettant pas de régler le litige sur le terrain contractuel à compter du renouvellement du contrat en 2001* ».

²⁸⁵⁶ D. MOREAU, « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP* 2014, ét. 7.

²⁸⁵⁷ E. GLASER, art. préc., p. 648 : « *il ne faut pas trop attacher d'importance à la décision Commune de Baie-Mahault, dont la solution atypique, et pour tout dire incompréhensible, doit être cantonnée à la procédure du référé provision. (...) Il y a clairement là une anomalie, dont on peut espérer qu'elle demeurera isolée* ».

²⁸⁵⁸ CE, 4 mai 2015, *Société Bueil Publicité mobilier urbain*, n° 371455 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 172, note M. Ubaud-Bergeron.

publique en vue de procurer un avantage personnel »²⁸⁵⁹, dont il convient d'essayer de préciser la nature au regard de la définition des fonctions propres des principes de la commande publique.

B : L'utilisation minimale de la définition des fonctions propres des principes de la commande publique.

La conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique n'a que peu d'utilité dans le cadre du contentieux des parties. D'abord, ce contentieux n'est pas influencé par le déroulement chronologique des procédures de passation, le temps n'a donc aucune influence sur la résolution du litige. Ensuite, ce contentieux relègue au second plan le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, en privilégiant la stabilité des relations contractuelles. Enfin, la rédaction des considérants des décisions de principe permet d'avoir une certaine lisibilité sur la mise en œuvre des pouvoirs du juge.

Seule la nature des manquements aux règles de la commande publique justifiant d'annuler ou d'écarter le contrat du litige est une interrogation liée aux fonctions des principes. Il convient de déterminer si la conception temporelle des principes permet de préciser la nature de ces irrégularités. D'une utilité limitée, cette conception permet d'écarter de ces vices l'ensemble des atteintes aux principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Étant des principes subsidiaires, leur violation ne justifie pas d'écarter le contrat du litige (I). La question est plus délicate s'agissant de la liberté d'accès, principe initial et fondamental du droit de la commande publique (II).

I : L'inadmissibilité des vices relatifs aux principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

Au sens de la décision *Commune de Baie-Mahault*²⁸⁶⁰, le contrat doit être écarté lorsque l'irrégularité invoquée constitue « une violation manifeste des règles de la commande

²⁸⁵⁹ D. MOREAU, art. préc.

publique » et révèle « une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence » pour faire bénéficier un opérateur économique de l'exclusivité des prestations objet du contrat. Cette définition des irrégularités susceptibles de faire échec à l'application du principe de loyauté des relations contractuelles ne permet pas de déceler avec clarté les règles dont la violation manifeste justifie de régler le litige sur le terrain extracontractuel ou d'annuler le contrat. David Moreau²⁸⁶¹, sans aller dans le sens d'une reconnaissance systématique de ces irrégularités, propose de les confondre avec les comportements pénalement répréhensibles. En d'autres termes, les irrégularités justifiant d'écarter le principe de loyauté des relations contractuelles seraient de celles qui relèvent d'un délit pénal, notamment du délit d'octroi d'avantages injustifiés²⁸⁶². À l'appui de ses propos, l'auteur cite des décisions de juridictions du fond qui refusent de faire application du contrat en raison du caractère délictuel des faits commis²⁸⁶³. Cette idée est corroborée par la décision *Commune de Baie-Mahault* dans laquelle la clause de tacite reconduction « caractérisait une violation des principes de la commande publique qui s'apparentait à un délit de favoritisme »²⁸⁶⁴. Aussi séduisante soit-elle, cette conjecture est fragile. D'une part, il semble difficile de transposer à l'analyse du juge du contrat une logique de répression, celle du droit pénal. D'autre part, les exceptions d'invocabilité et d'effectivité des règles de passation permises par la jurisprudence *Manoukian*²⁸⁶⁵ ont vocation à rester très exceptionnelles²⁸⁶⁶. Or, il existe une diversité d'irrégularités pouvant s'apparenter à un délit pénal²⁸⁶⁷. Par conséquent, assimiler ces irrégularités à l'ensemble de ces délits irait à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'État.

²⁸⁶⁰ CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, préc.

²⁸⁶¹ D. MOREAU, art. préc. : « on peut comprendre l'objectif de cette jurisprudence, qui vise à préserver un ordre public minimum, aux frontières du pénal, auquel la passation d'un contrat de la commande publique ne saurait déroger sans encourir le risque de son invalidation par le juge de l'exécution, mais on pourrait douter de l'opportunité de la voir prospérer indépendamment de l'existence d'un vice du consentement car elle aboutit à un résultat quelque peu paradoxal au regard de l'objectif initial de la jurisprudence *Béziers I* : si l'on se borne en effet à constater qu'il y a eu une intention délibérée de procurer un avantage personnel, comme dans l'arrêt *Commune de Baie-Mahault* précité, on autorise une des parties à se libérer de ses obligations contractuelles devant le juge de l'exécution alors qu'elle a pu être parfaitement consentante lors de la passation du contrat pour commettre l'infraction et en a même bénéficié. La généralisation de l'ouverture aux tiers de la possibilité de contester la validité du contrat opérée par la décision d'assemblée Département de Tarn-et-Garonne du 4 avril 2014 pourrait justifier que les atteintes à l'ordre public pénal ne puissent être invoquées désormais que devant le juge de la passation, et non devant le juge de l'exécution si elles n'ont pas été de nature à vicier le consentement des parties ».

²⁸⁶² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

²⁸⁶³ V. à ce titre : CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F*, n° 11BX02368 – CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *Société F c/ Commune de Case-Pilote*, n° 11BX02368 ; *JCP A* 2013. 2305, concl. G. de La Taille – CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous* n° 11MA02463 ; *JCP A* 2014. 2120, concl. E. Felmy.

²⁸⁶⁴ M. UBAUD-BERGERON, note préc.

²⁸⁶⁵ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁶⁶ G. PELLISSIER, concl. sur CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux France*, n° 355127, *BJCP* 2013, p. 220.

²⁸⁶⁷ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

La définition des fonctions propres des principes de la commande publique permet de préciser la nature des irrégularités manifestement graves et illégales qui ne justifient pas que le contrat soit écarté ou annulé pour régler le litige. Du fait du caractère subsidiaire des principes d'égalité de traitement et de transparence, les irrégularités qui y sont relatives ne peuvent justifier que le juge règle le litige sur le terrain extracontractuel ou annule le contrat. Ces principes n'ont de sens que dans le cadre d'une procédure de passation car temporellement, ils n'exercent leurs fonctions que lorsque le principe initial de liberté d'accès produit ses effets. Par conséquent, les atteintes à ces principes n'interviennent que dans le cadre des procédures effectivement mises en œuvre par l'autorité adjudicatrice. Même si l'attitude des parties dévoile l'existence d'un comportement manifestement contraire aux règles de passation, l'autorité adjudicatrice a respecté *a minima* les règles de la commande publique en organisant une procédure de mise en concurrence. Or, comme l'indique Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur l'affaire *Manoukian*, le contrat ne peut être écarté que pour des irrégularités conclues « *dans les cas les plus choquant* »²⁸⁶⁸. Dès lors, les irrégularités relatives aux principes d'égalité et de transparence²⁸⁶⁹ ne peuvent constituer « *une violation manifeste des règles de la commande publique* » au sens de la jurisprudence *Commune de Baie-Mahault*²⁸⁷⁰. La question n'est pas aussi tranchée s'agissant du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

II : L'admissibilité discutable des vices relatifs au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

Le doute persiste sur la possibilité d'invoquer un vice relatif à la violation de la liberté d'accès à la mise en concurrence. Ce principe, dont les fonctions économiques permettent de garantir l'accès des candidats potentiels à une mise en concurrence des contrats de la commande publique, justifie l'existence des procédures de passation²⁸⁷¹. Son champ d'application conditionne l'intervention ultérieure des principes d'égalité de traitement et de

²⁸⁶⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁶⁹ Voir par exemple CE, 23 octobre 2013, *SARL Bernard Leclercq Architecture*, n° 362437 : une discordance entre le délai de validité des offres indiqué dans le règlement de la consultation et celui mentionné dans les avis de publicité ne justifie pas d'écarter le contrat pour régler le litige.

²⁸⁷⁰ CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, préc.

²⁸⁷¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

transparence des procédures. Il dispose donc d'un rôle fondamental dans la mise en œuvre des règles de la commande publique. Certaines irrégularités relatives à ce principe peuvent donc, *a priori*, constituer une violation manifeste aux règles de la commande publique. À notre sens, seule une atteinte manifeste au principe de liberté d'accès pourrait justifier que soit écarté le principe de loyauté des relations contractuelles. Ainsi, les atteintes « classiques » ou « normales » dans la définition des conditions d'accès à la mise en concurrence ne seraient pas invocables dans le contentieux entre les parties, car elles ne seraient pas suffisamment graves pour écarter l'application du contrat ou l'annuler. Au sens de la jurisprudence *Manoukian*²⁸⁷², l'invocabilité et le bien-fondé des manquements aux règles de passation doivent rester exceptionnelles. Or, écarter l'application du contrat ou l'annuler pour un défaut dans la détermination des critères de sélection des offres, dans les modalités de la publicité horizontale, ou dans l'erreur de choix de la procédure de passation²⁸⁷³, semble excessif eu égard au principe de loyauté des relations contractuelles. Dans ces hypothèses, les parties ne peuvent se prévaloir d'irrégularités dont elles sont à l'origine ou auxquelles elles ont consenti en signant le contrat. C'est pourquoi le Conseil d'État considère que le fractionnement frauduleux d'un marché permettant le recours à la procédure négociée n'est pas un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du contrat²⁸⁷⁴.

Une interrogation subsiste sur l'invocabilité et le bien-fondé des irrégularités relatives à l'absence de toute procédure de passation. Il s'agit de l'hypothèse des contrats conclus de gré à gré alors qu'une procédure de publicité et de mise en concurrence est obligatoire. Pour écarter le principe de loyauté des relations contractuelles, deux éléments doivent être réunis : l'irrégularité doit constituer une violation manifestement grave des règles de la commande publique ; les circonstances de l'espèce doivent être suffisamment particulières pour que le juge règle le litige sur le terrain extracontractuel ou annule le contrat²⁸⁷⁵. Il paraît évident que la conclusion d'un contrat de gré à gré alors qu'une procédure est requise constitue une violation manifestement grave des règles de la commande publique. La gravité de cette atteinte a d'ailleurs été soulignée plusieurs fois par les juges du fond²⁸⁷⁶. Il est plus difficile

²⁸⁷² CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁷³ CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société AECP*, n° 10LY01120.

²⁸⁷⁴ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁷⁵ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁷⁶ CAA Nancy, 6 mai 2013, *Commune de Laroque d'Olmes* n° 12NC01355 : « qu'il est toutefois constant que la commune de Laroque d'Olmes n'a procédé à aucune forme de publicité ou de mise en concurrence ; qu'ainsi, les contrats conclus entre la commune et la société Grenke Location sont entachés d'une illégalité d'une particulière gravité » – CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *Société F c/ Commune de Case-Pilote*, préc. : « aucune circonstance n'était de nature à justifier que la commune s'affranchît des règles destinées à assurer les principes

d'appréhender quelles « circonstances de l'espèce » permettent, en plus du caractère manifestement grave de l'irrégularité commise, d'écarter l'application du principe de loyauté des relations contractuelles. Cette question est pourtant fondamentale, puisque c'est souvent sur le fondement de ces circonstances que les juges justifient d'écarter ou non l'application du contrat.

Selon Nicolas Boulouis, les circonstances particulières dépendent « *de l'objet du marché, de son montant, des caractéristiques de la concurrence, de la nature et de l'importance de la collectivité publique et de son cocontractant, bref des circonstances de l'espèce* »²⁸⁷⁷. En d'autres termes, la nature et l'importance économique du contrat constituent des éléments déterminants pour décider d'écarter le principe de loyauté lorsque le contrat a été conclu de gré à gré. L'analyse de la jurisprudence dévoile pourtant que ce n'est pas la grille d'analyse retenue par les juges du fond. De manière générale, le juge considère qu'une absence totale de procédure de passation ne justifie pas d'écarter ou d'annuler le contrat si le vice invoqué « *n'a pas affecté les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »²⁸⁷⁸. Dans ce cas, l'irrégularité commise ne revêt pas un caractère suffisamment grave permettant de régler le litige sur le terrain extracontractuel. À l'inverse, lorsque l'absence de procédure révèle l'existence d'un vice du consentement, les juges acceptent d'écarter le contrat²⁸⁷⁹. Ce raisonnement, bien que logique, n'est pas achevé, car le Conseil d'État a explicitement prévu, par l'emploi du terme « *notamment* »²⁸⁸⁰, que le principe de loyauté pouvait être écarté pour des vices autres que ceux relatifs aux circonstances dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Ces jurisprudences incomplètes ne permettent pas d'appréhender les circonstances particulières justifiant de régler le litige sur le terrain extracontractuel ou d'annuler le contrat. Dans une décision *Société F c/ Commune de Case-Pilote* du 14 mai 2013²⁸⁸¹, la Cour administrative d'appel de Bordeaux écarte le contrat dans l'hypothèse d'un marché public à bon de commande conclu de gré à gré. Pour légitimer sa démarche, le juge

de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence (...) que, compte tenu de ce que le montant estimé des besoins dépassait, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, très largement le plafond au-dessus duquel la commune devait recourir à des mesures de publicité et de mise en concurrence, le non-respect de ces mesures a constitué, en l'espèce, un vice d'une particulière gravité ».

²⁸⁷⁷ N. BOULOUIS, concl. préc.

²⁸⁷⁸ CAA Douai, 21 février 2012, *Société Grenke Location*, n° 10DA00480 – CAA Bordeaux, 26 mars 2013, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, n° 11BX01637 – CAA Nancy, 27 mai 2013, *Société Grenke Location*, n° 12NC00897 – CAA Nantes, 11 avril 2014, *Établissement public Agrocampus Ouest*, n° 12NT00053.

²⁸⁷⁹ CAA Nancy, 4 juin 2012, *Société CTR*, préc. – CAA Nancy, 6 mai 2013, *Commune de Laroque d'Olme*, préc.

²⁸⁸⁰ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸⁸¹ CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *Société F c/ Commune de Case-Pilote*, préc.

d'appel prend en compte des circonstances particulières qui résident en des surfacturations considérables au profit de l'opérateur économique qui bénéficie de privilèges de longue date de la part de la commune. Au sens de cette jurisprudence, les circonstances particulières justifiant d'écarter le contrat consisteraient en des violations manifestes des règles de la commande publique sur le long terme.

À notre sens, et comme le préconise Nicolas Boulouis²⁸⁸², la solution dépend de l'impact économique du contrat objet du litige. Lorsque la nature, l'objet, le montant et la durée restant à courir du contrat génèrent un impact économique fort sur le marché, le juge doit faire disparaître le contrat. Le principe de loyauté des relations contractuelles ne légitime pas que l'accès à la mise en concurrence pour l'obtention du contrat soit fermé pour une durée relativement longue. Dans ce cadre, la gravité de l'atteinte au principe de liberté justifie de faire disparaître le contrat, par une mesure de résiliation ou d'annulation. Par exemple, une délégation de service public de longue durée est conclue de gré à gré. Rapidement dans l'exécution du contrat, un litige intervient entre les deux parties. L'annulation du contrat pour violation manifestement grave des règles de la commande publique est invoquée. Dans ce cas, une mise en balance s'impose. Le principe de loyauté des relations contractuelles voudrait qu'en l'absence de vice du consentement ou de circonstances particulières, le contrat soit maintenu. Le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence impliquerait que le contrat disparaisse afin que l'ensemble des candidats potentiels qui n'avait pas connaissance de la conclusion du contrat puisse candidater ultérieurement si la personne publique décide de conclure à nouveau un contrat. L'atteinte à la liberté d'accès étant la plus grave qu'il soit dans l'hypothèse d'un contrat conclu de gré à gré, il peut paraître nécessaire que le juge fasse disparaître le contrat, quand bien même le litige concerne seulement les parties et non directement les tiers.

²⁸⁸² N. BOULOUIS, concl. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Dans le cadre du contentieux précontractuel, plus particulièrement du référé précontractuel, la conception temporelle des principes permet de créer une échelle principielle des sanctions. Sa mise en œuvre repose sur un parallélisme entre le principe auquel il est porté atteinte lors de la procédure, et la sanction devant être prononcée par le juge. L'annulation de la procédure doit être prononcée lorsque sont remis en cause les principes de liberté d'accès à la mise en concurrence et de transparence dans le cas où les informations litigieuses concernent les candidats potentiels. Une annulation partielle suffit lorsque l'autorité adjudicatrice porte atteinte aux principes d'égalité et de transparence dans le cas où les informations litigieuses concernent les candidats réels. Dans le cas d'une violation de la transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure, le juge prononce seulement une mesure d'injonction.

La conception temporelle des principes a moins d'impact dans le cadre du contentieux contractuel, dans la mesure où les fonctions des principes sont reléguées au second plan au profit de la préservation du contrat. Cette conception permet seulement de préciser la nature de certaines irrégularités qui sont susceptibles d'entraîner la disparition du contrat dans un litige à l'initiative d'un tiers ou des parties.

CONCLUSION DU TITRE 2

La confrontation d'une définition des fonctions propres à chaque principe au droit positif dévoile qu'elle dispose de certaines implications pratiques. D'une part, elle permet d'éclaircir certains points du régime relatif à cette matière, tels que son champ d'application ou l'articulation fonctionnelle des principes. D'autre part, elle peut être utilisée dans le contentieux, dans une perspective de lisibilité de l'office du juge.

Confrontée au régime du droit de la commande publique, la définition des fonctions propres permet de préciser le champ d'application du principe initial de liberté d'accès à la mise en concurrence. Ce dernier, du fait d'une fonction exclusivement économique, doit être étendu à la conclusion des titres d'occupation du domaine des personnes publiques lorsqu'elle est susceptible d'influencer le jeu de la concurrence. En outre, la liberté doit également exercer une fonction supplétive s'agissant des contrats privés de la commande publique qui ne sont pas soumis à des dispositions spécifiques de passation.

La définition des fonctions propres rend également plus lisible l'articulation fonctionnelle des principes dans le régime du droit de la commande publique. Le droit des modifications précontractuelles, ainsi que l'intégration des nouvelles politiques publiques s'en trouvent précisés.

Confrontée au contentieux de la commande publique, cette définition conduit à établir une échelle principielle des sanctions dans le cadre du référé précontractuel. S'agissant du contentieux contractuel, la conception temporelle des fonctions dispose d'une implication très réduite, dans la mesure où l'office du juge reste dans une dynamique de préservation du contrat.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

La conception temporelle des principes de la commande publique permet d'instaurer une définition des fonctions propres à chacun d'eux. De la concordance entre les temps, les objectifs et les principes, découle une lisibilité bienvenue des fondements du droit de la commande publique, en ce sens qu'il est désormais possible de déterminer de quel principe découle une règle précise des procédures de passation.

De cette définition des fonctions propres à chaque principe découlent des implications tant sur le régime de la commande publique que sur son contentieux. D'une part, l'articulation fonctionnelle des principes est en partie précisée ; d'autre part, certains points confus du régime ou du contentieux de la commande publique sont clarifiés. Toutefois, la confrontation entre le droit positif et la définition des fonctions propres dévoile que la conception temporelle a des limites, dès lors qu'elle ne peut solutionner qu'une infime parcelle de la complexité du droit de la commande publique.

CONCLUSION GENERALE

Les principes de la commande publique souffrent d'une imprécision juridique, en ce sens que les fonctions caractéristiques de chacun ne sont pas identifiées. Aspirant à des finalités communes au moyen d'instruments juridiques identiques, aucun des objectifs généraux qu'ils poursuivent ensemble ne peut être spécifiquement rattaché à l'un d'eux. Afin de pallier cette insuffisance du droit positif, une nouvelle clé de lecture des principes doit être découverte. Une analyse détaillée du droit positif dévoile que le temps constitue le pivot d'une lisibilité certaine des fonctions des principes.

À partir de cet élément structurel, il est possible d'identifier différents « temps de la commande publique », dont la systématisation repose sur l'existence d'objectifs spécifiques à chacun, tels que l'accès à la procédure de mise en concurrence ou son intelligibilité. C'est en opérant une concordance entre les logiques temporelles et principielles que sont dévoilées les finalités propres à chaque principe. En d'autres termes, la correspondance entre, d'une part les temps et leurs objectifs, d'autre part les principes, permet de temporaliser leur application et d'en spécifier les finalités.

C'est à partir de cette conception temporelle des principes de la commande publique qu'il est possible de définir leurs fonctions propres. Le principe initial de liberté d'accès dispose de deux fonctions économiques, celles de permettre l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence, et de protéger les conditions initiales d'accès pendant le déroulement de la procédure et l'exécution du contrat. Le principe d'égalité de traitement bénéficie aux candidats réels, c'est-à-dire ceux qui accèdent effectivement à la mise en concurrence, et permet d'assurer l'égalité tout au long de la procédure. Le principe de transparence dispose de deux fonctions complémentaires, assurer l'intelligibilité de la procédure et permettre la vérification de son impartialité.

De la définition des fonctions propres des principes découlent des implications sur le régime et le contentieux de la commande publique. Le champ d'application de la liberté d'accès et

l'articulation fonctionnelle des principes sont clarifiés ; l'office du juge des contentieux précontractuels et contractuels est précisé.

La conception temporelle des fonctions des principes permet ainsi d'éclaircir certains points complexes du droit de la commande publique. À cet égard, l'utilité d'une telle démarche peut *a priori*, et à terme, s'étioier, dans la mesure où le droit positif est récemment empreint d'un phénomène de simplification bienvenu. En témoigne l'évolution de l'office du juge et l'unification des recours contentieux²⁸⁸³, ainsi que l'adoption des nouvelles directives et leur transposition en droit français, qui vont permettre de clarifier les catégories des contrats publics d'affaires et uniformiser le droit applicable à un grand nombre de ces contrats. Le droit positif de la commande publique tend donc vers moins de complexité. Or, c'est ce phénomène de complexification qui a fait émerger l'utilité d'une recherche sur les fonctions propres des principes de la commande publique²⁸⁸⁴. En outre, les fonctions supplétives des principes sont amoindries s'agissant des concessions de service, dans la mesure où ces dernières sont désormais soumises à une procédure de passation spécifique²⁸⁸⁵.

Malgré cette tendance à la simplification, les principes de la commande publique préservent leur utilité. Il est même possible d'affirmer que leurs implications respectives vont devenir plus importantes encore. Car parallèlement au phénomène de simplification, émerge ces dernières années l'idée d'un assouplissement des règles formalisées des procédures de passation²⁸⁸⁶. Le Code des marchés publics de 2006 a déjà opéré une profonde évolution en ce sens²⁸⁸⁷, et l'adoption des nouvelles directives est de bon augure pour la pérennité de ce mouvement d'assouplissement. Au formalisme outrancier sont privilégiés la négociation, le dialogue, le recours à la procédure adaptée ou à des nouvelles formes de partenariats *a priori* simplificatrices²⁸⁸⁸, et qui représentent un certain avantage économique. Autrement dit,

²⁸⁸³ V. notamment, sur cette question : Ph. TERNEYRE, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? » Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Vol. 2, EDCE n° 59, Paris, La Doc. Fr., 2008, p. 383.

²⁸⁸⁴ Cf. *Supra*, Introduction.

²⁸⁸⁵ Directive 2014/24/UE préc.

²⁸⁸⁶ Cette affirmation est à tempérer s'agissant des concessions de service, qui, depuis l'adoption de la nouvelle directive concession, sont désormais soumises à des règles de passation relativement strictes : G. ECKERT, « la directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *RJEP* 2014, ét. 6.

²⁸⁸⁷ S. BRACONNIER, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 2.

²⁸⁸⁸ V. contra G. ECKERT, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA* 2014, p. 1941 : « le dispositif complexe qui en découle ne garantit cependant ni une pleine sécurité juridique ni une

l'autorité adjudicatrice dispose de plus de liberté dans la conduite de la procédure. Or, une baisse du formalisme signifie une diminution des règles écrites. En conséquence, en l'absence d'un support textuel sur lequel s'appuyer, c'est aux principes qu'il faudra avoir recours pour contrôler la légalité de la procédure de passation. Ainsi, et quelque soit le contrat envisagé, « *c'est la procédure de passation dans son ensemble qui doit être conforme aux principes* »²⁸⁸⁹.

De plus, l'assouplissement de la règle de droit dans le domaine de la commande publique débouche sur l'utilisation accrue de certaines formules approximatives, telles que « dialogue », « négociation », « procédure adaptée », qui « *ne sont pas gage de stabilité ni de certitude* »²⁸⁹⁰. En outre, les invitations à négocier présentent certes un avantage économique, mais le risque juridique est renforcé dès lors qu'il est plus diffus sur l'ensemble de la procédure²⁸⁹¹. En conséquence, Pierre Delvolvé s'interroge : « *la recherche de la souplesse et de l'adaptation est-elle compatible avec celle de la sécurité juridique ?* »²⁸⁹². La poursuite du mouvement de définition des fonctions propres des principes, la création d'un Code de la commande publique permettant d'unifier la règle de droit « *qui commencerait par énoncer les principes les gouvernant tous* »²⁸⁹³, permettent d'envisager une réponse positive à un tel questionnement.

réelle efficacité du contrôle public sur l'entité mixte. Enfin, son utilité pratique risque d'être limitée par le fait que la nouvelle société sera généralement considérée comme un pouvoir adjudicateur ».

²⁸⁸⁹ S. PLATON, « De l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA* 2014, p. 843.

²⁸⁹⁰ P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Volume 2, EDCE n° 59, Paris, La Documentation française 2008, p. 342.

²⁸⁹¹ S. BRACONNIER, « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », in *Performance et droit administratif*, Colloque organisé par le LERAD les 29 et 30 janvier 2009 à l'Université François-Rabelais de Tour, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2010, p. 157.

²⁸⁹² *Idem.*

²⁸⁹³ P. DELVOLVÉ, art. préc., p. 343.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, manuels et traités.

AUBY J.-B. (dir.),

- *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007.
- *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 2014.

BERGEAL C., LENICA F., *Le contentieux des marchés publics*, éd. Le Mon., coll. Essentiel experts, 2^{ème} éd., 2010.

BRACONNIER S.,

- *Précis du droit des marchés publics*, Le mon., 4^{ème} éd., 2012.
- *Droit des services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 2007.

DELVOLVÉ P.,

- *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.
- *Le droit administratif*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2014.

DUBOIS L., PEISER G., *Droit public*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2013.

EISENMANN Ch.,

- *Cours 1949-1950*, LGDJ, Tome II, 1983.
- *Cours de droit administratif*, Tome I, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.
- *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.
- *Écrits de droit administratif*, Dalloz, 2013.

ECKERT G., *Droit public des affaires*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2013.

GAUDEMET Y.,

- *Le contentieux des contrats publics*, éd. du Cridon, 2005.
- *Traité de droit administratif – t. 2, Droit administratif des biens*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2011.
- *Droit administratif*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2012.

GUETTIER C., *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2011.

GUGLIELMI G., KOUBI G., *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2011.

- GODFRIN Ph., DEGOFFE M., *Droit administratif des biens*, Sirey, 10^{ème} éd, 2015.
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph., *Traité de droit administratif*, Dalloz.
- HAURIOU M.,
- *Principes de droit public*, Sirey, 1916.
 - *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929 ; rééd. Dalloz, 2015.
 - *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002.
- JÈZE G.,
- *Les principes généraux du droit administratif*, M. GIARD, 3^{ème} éd., 1934.
 - *Théorie générale des contrats de l'administration*, M. GIARD, 3^{ème} éd., 1934.
- LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BOITEAU C. et DEFFIGIER C., *Droit des services publics*, LexisNexis, 2012.
- LAJOYE C., *Droits des marchés publics*, Gualino, 5^{ème} éd., 2012.
- LAUDADERE (de) A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (4 tomes), LGDJ, 1956.
- LAUBADERE (de) A., MODERNE F., DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, (2 tomes) LGDJ, 2^{ème} éd., 1983.
- LINDITCH F.,
- *Le droit des marchés publics*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5^{ème} éd., 2009.
 - *Le droit des marchés publics*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 6^{ème} éd. 2015.
- LOMBARD M., DUMONT G., SIRINELLI J., *Droit administratif*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013.
- NICINSKI S., *Droit public des affaires*, 3^{ème} éd., Montchrestien.
- RICHER L.,
- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012.
 - *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014.
- SEILLER B.,
- *Droit administratif 1 : les sources et le juge*, Flammarion, 5^{ème} éd., 2013
 - *Droit administratif 2 : l'action administrative*, Flammarion, 5^{ème} éd., 2014
- YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2013.

II. Ouvrages spéciaux, rapports, communications.

II-1 : Ouvrages spéciaux.

AÏT-EL-KADI Z. (dir.), *Code des marchés publics et autres contrats*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2015.

ALLAIRE F., *L'essentiel du droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso, 6^{ème} éd., coll. Les Carrés, 2013-2014.

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

BERGEL J.-B., *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis.

BEZANCON X., CUCHIARINI C., COSSALTER Ph., *Le guide de la commande publique*, Le Mon., coll. Guides juridiques, 3^{ème} éd., 2012.

BOITEAU C., *Les conventions de délégations de service public*, Le Mon., 2^{ème} éd., 2007.

BOT (le) O., *Le guide des référés administratifs*, Dalloz, Coll. Guides Dalloz, 2013.

BOUEDEC (le) P., *JCL contrats et marchés publics*, Fasc. 60-30 : « Publicité et information des candidats ».

BOULOUIS J., CHEVALLIER R.-M., FASQUELLE D., BLANQUET M., *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Dalloz, 5^{ème} éd.

BRACONNIER S., *Les collectivités territoriales et leurs contrats*, éd. du Juris-classeur, coll. Juris Compact, 2002.

BRENET F., MELLERAY F., *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004*, Litec, coll. Collectivités territoriales, 2005.

BRISSON J.-F., *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie nationale, essentiels experts, 2004.

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II La charte des droits fondamentaux de l'Union, Commentaire article par article*, Bruylant, 2005.

CABANES Ch., NEVEU B., *Droit de la concurrence dans les contrats publics*, Le Mon., coll. Analyse juridique, 2008.

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

CHARREL N. (dir.), GUIBAL M. (dir.), *Code commenté des marchés publics*, éd. Le Mon., 8^{ème} éd., 2015.

Collectifs, Mélanges :

- *Mélanges F. Dehousse*, éd. Labor, 1979.
- *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996.
- *Mélanges en hommage à B. Vonglis*, l'Harmattan, 2000.
- *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges Franck Moderne*, Dalloz 2004.
- *Le Droit de l'Union Européenne en principes, Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006.
- *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006.
- *Bien public, bien commun, Mélanges Etienne Fatôme*, Dalloz 2011.
- *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, coll. Les mélanges, 2013.
- *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Godfrin*, éd. Mare et Martin, 2014.
- *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd., 2011

JÈZE G., *Sciences des finances : dépenses publiques, théorie générale du crédit public*, M. GIARD, 6^{ème} éd., tome 2, 1922.

LATOURNERIE R., *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État*, Livre jubilaire du Conseil d'État, Sirey, 1952.

LICHÈCHE F., MARTOR B., PÉDINI G., THOUVENOT S., *Pratique des partenariats public-privé*, Litec, coll. Litec professionnels, 2^{ème} éd., 2009.

LIGNIÈRES P., *Partenariats public-privé : contrats de partenariat et montages contractuels complexes*, Litec, 2^{ème} éd., 2005.

LINDITCH F. (dir.), *Guide de l'achat public*, LexisNexis, 2014.

LLORENS F. (dir.), SOLER-COUTEAUX P. (dir.), *Code des marchés publics*, Litec, 8^{ème} éd., 2015.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2015.

NOGUELLOU R. (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant 2010.

PALMIER S., *Les MAPA*, Le Mon., coll. Guides juridiques, 2013.

PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, éd. de l'université de Bruxelles, préf. M. MEYER, 5^{ème} éd., 2008.

PEYRICAL J.-M.,

- *Les avenants aux marchés publics*, Le Mon. coll. Guides, 2^{ème} éd., 2002.
- *Les avenants aux contrats publics*, Le Mon., coll. Guides, 3^{ème} éd., 2005.

REY-DEBOVE J., *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. Le Robert, 2015.

RIBOT C., *La passation des marchés publics*, éd. Le Mon., 2007.

RIBOT C., MARC E., IDOUX P., *Dico Moniteur des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 2008.

RICHER L.,

- *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2009.
- *La concession en débat*, LGDJ, coll. Systèmes, 2014.

SALIN P., *La concurrence*, PUF, Que sais-je, 1995, n° 1063, p. 76.

SCHULTZ P., *Eléments du droit des marchés publics*, LGDJ 2002.

SYMCHOWICZ N., PROOT Ph., *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Le Mon., 3^{ème} éd., 2012.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, n° 295.

II-2 : Rapports et communications.

CONSEIL D'ÉTAT,

- *La transparence et le secret*, La doc. Fr., Coll. Études et documents 1995.
- *Collectivités publiques et concurrence*, La doc. Fr., Coll. Études et documents, 2002.
- *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La doc. Fr., Coll. Études et documents, 2008.

COMMISSION EUROPÉENNE,

- Communication interprétative du 29 avril 2000 *sur les concessions en droit communautaire*, 2000/C 121/02, JOCE n° C 121 du 29 avril 2000.
- Communication interprétative du 15 octobre 2001, *Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM [2001], JOCE du 28 novembre 2001, pp. 12-16.
- *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, 30 avril 2004, COM (2004)
- Communication interprétative du 5 février 2008 *concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, C[2007]6661.

Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique remis au Président de la république le 26 janvier 2011, disponible sur le site internet www.conflits-intérêts.fr

Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'État sur les actes des collectivités territoriales, site internet des collectivités locales, rubrique rapports et études.

III. Thèses et monographies

AMILHAT M., *La notion de contrat administratif: l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014.

BATTOUE L., *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006.

BÉCHILLON (de) D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Thèse, Economica, coll. Droit public positif, 1996.

BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics, Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 206, 2001.

BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014.

BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003.

BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, thèse dactyl., Poitiers, 2002.

BUCHER Ch-E., *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2011.

BUNEL M., *Les chaines d'actes en droit administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2014.

CARAYON J., *La cession des concessions et des permissions*, éd. Rousseau, 1934.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006

COMELAS S., *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales ; Réflexions sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014.

CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012.

COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015

COSSALTER Ph., *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 249, 2007.

COUDERT C., *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, thèse dactyl., Université d'Auvergne, 2011.

DEL PRETE D., *L'avenant dans les contrats administratifs*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 2002.

DEVILLERS H., *Les contrats entre personnes publiques*, mémoire, PU Jean Moulin Lyon 3, 2013.

DREYFUS J.-D., *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997.

DURVIAUX A.-L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire : analyse critique d'un système*, Ed. Larcier, 2006.

GAHDOUN P.-Y., *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008.

GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972.

GRABARCZYK K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUAM, 2008.

GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 1982.

GUÉZOU O., *Les comportements anti-concurrentiels dans la passation des marchés publics*, thèses dactyl., Paris X, 1998.

HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009.

JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954.

KALFLECHE G., *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004.

LAFaix J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.

LANGELIER E., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Thèse, LGDJ, éd. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012.

LEKKOU E., *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013.

LINOTTE D., *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Bordeaux I, 1975.

LLORENS F., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, Thèse, LGDJ, 1981.

LOMBARD F., *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèque de Thèses, vol. 77, 2008.

MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 26, 2003.

MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 96, 2010.

MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004.

MIRABAIL S., *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, Coll. Thèses, Bibliothèque de droit privé, Tome 284, 1997.

MULLER E., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 241, 2004.

OUM OUM J.-F., *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 270, 2014.

PENIN O., *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012.

PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, Ed. A. Pédone, 1945.

PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, Ed. Panthéon-Assas, 2009.

PERROUD T., *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 127, 2013.

PEZ T., *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 274, 2013.

PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

PINAUD X., *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, PULIM, coll. Les cahiers du CRIDEAU, 2003.

PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003.

POIROT- MAZERES I., *La représentation en droit administratif français*, Thèse dactyl., Toulouse 1, 1989.

POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, 1991

PREBISSY-SCHNALL C., *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 223, 2002.

RIEM F., *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002.

ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire*, PUAM, 1999.

ROMBAUTS T., *L'intérêt public local*, thèse dactyl., Montpellier, 2014.

SYMCHOWICZ N., *La mutation des procédés contractuels des personnes publiques : le recours aux « procédés contractuels complexes »*, thèse dactyl., Paris I, 2002

TALLET-PREUD'HOMME L., *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014.

TARDIVEL B., *Recherche sur le finalisme en droit administratif français*, Thèse dactyl., Montpellier, 2002.

TERNEYRE Ph., *La Responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989.

TIMSIT G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ 1963.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977

UBAUD-BERGERON M., *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse dactyl., Montpellier, 2004.

IV. Actes de colloques et travaux

Les dix ans de droit de l'entreprise, MOUSSERON J.-M., B. TEYSSIE B. (dir.), éd. Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1978.

Le droit et le futur, actes du 3^{ème} colloque de l'Association française de philosophie du droit, Université Paris II, 4-5 novembre 1983, PUF, 1985.

La transparence administrative en Europe, DEBBASCH C. (dir.), actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, organisé par le Centre de recherches administratives d'Aix-Marseille, éd. CNRS, 1990.

Le temps dans la procédure, COULON J.-M., FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), actes du colloque du 5 décembre 1995, organisé par le Tribunal de Nanterre et l'Association française

de philosophie du droit, Dalloz, 1996.

Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), actes du colloque du 20 et 21 mars 1996, Paris, Dalloz, 1997.

L'accélération du temps juridique, GERARD Ph., OST F., VAN de KERCHOVE M. (dir.), publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2000.

Le temps et le droit, Publication des actes des journées internationales de la société d'histoire du droit organisées en mai 2000, Serre, 2002.

Le nouveau droit des Marchés publics, LICHÈRE F. (dir.), actes de colloque organisé le 26 septembre 2003, L'hermès, coll. Bibliothèque de droit.

Le temps, la justice et le droit, GABORIAU S., PAULIAT H., (dir.), actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, Pulim.

Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes, RUBI-CAVAGNA E. (dir.), Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Monnet Saint-Étienne, 2004.

Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle, LUCHAIRE F. (dir.), actes de colloque organisé les 5 et 6 novembre 2004 à l'IEP d'Aix-en-Provence, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005.

Contrats et propriété publics, CLAMOUR G. (dir.), Lexisnexis, coll. Débats et colloques, 2011.

L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession, LA ROSA S. (dir.), journée d'étude organisée par l'Université de Valenciennes en mai 2013, éd. Société de législation comparée, coll. Trans Europe experts, 2014.

Urbanisme et contrats publics, CLAMOUR G. (dir.), TERNEYRE Ph. (dir.), actes du colloque de Montpellier du 13 avril 2012, éd. du CREAM, 2013.

Financement et contrats publics, CLAMOUR G. (dir.), TERNEYRE Ph. (dir.), actes du colloque de Montpellier du 19 avril 2013, éd. du CREAM, 2014.

La loyauté, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Conférences et travaux de l'Ordre, Dalloz, 2014.

Droit et loyauté, PETIT F. (dir.), actes de colloque organisé par la Faculté de droit, d'économie et de gestion d'Avignon le 10 octobre 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

V. Articles et chroniques

V-1 : Articles de revues, ouvrages et colloques.

ALBERT J.-L.,

- « L'institution d'un droit moderne de la commande publique au XIX^{ème} siècle en France », in *Mélanges en hommage à B. Vonglis*, l'Harmattan, 2000, p. 39.
- « Les principes en droit financier », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, sous la direction de S. CAUDAL, éd. Economica, 2008, p. 228.

ALLAIRE F., « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA* 2009, p. 1996.

AMAR-LAYANI B., « De la tacite reconduction », *D.* 1996, chron. 143.

ARANJO (de) C., « Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la procédure de délégation d'un service public local », *AJDA* 2009, p. 694.

AUBY J.-B.,

- « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », *Dr. adm.*, 1997, repère 1.
- « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Dr. adm.* 2010, ét. 24.

AUVRAY M., « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *RLC*, 2008, n° 1216.

AYACHE L., « Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allotir ? », *AJDA* 2009, p. 1240.

BAECKE (de) P., « La maturation des principes fondamentaux de la commande publique », *Constitution* 2010, p. 410.

BAILLOD R., « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227.

BARANGER D., « Le temps du droit », *Rev. Adm.*, n° spéc. « Le temps administratif », 2000, p. 33.

BARDON C., SIMONNET Y., « Telaustria : quel périmètre », *Dr. adm.* 2009, ét. 2.

BEDUSHI-ORTIZ A., « la notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944.

BERTHON G., « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA* 2009, p. 483.

BERTRAND F.-R., « Commande publique et PME », *Marchés publics* n°232, mars 1988, p. 27.

BLANC G., « Transfert et cession de contrats administratifs », *JCP E*, 1999, p. 2050.

BLUMANN C., « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 39.

BONNIEU L., « Les risques d'une mauvaise évaluation des besoins », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 32.

BONNOTTE C., « Les conventions de service public et le temps », *RFDA* 2005, p. 89.

BOTTIN M., « Préface », in *Le temps et le droit*, Publication des actes des journées internationales de la société d'histoire du droit organisées en mai 2000, Serre, 2002, p. 8.

BOUSQUET J., « Clientèle propre et domaine public : quand un cépage peut sublimer un terroir », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 6.

BRACONNIER S.,

- « Le nouveau Code des marchés publics : entre responsabilisation et libéralisation », *JCP Entreprise et Affaire*, 2004, p. 647.
- « Les contrats de Private Finance Initiative », *BJCP* 2005, p. 14.
- « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », in *Performance et droit administratif*, Colloque organisé par le LERAD les 29 et 30 janvier 2009 à l'Université François-Rabelais de Tour, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2010, p. 157.
- « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 2.
- « Contentieux des marchés publics : de « Béziers I » à « Béziers II », l'office du juge du contrat en mouvement... », *RDI* 2011, p. 270.
- « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 832.
- « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions . - Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP G* 2014, doct. 567.
- « Les avenants aux conventions de délégation de service public à l'épreuve de la directive « concession » du 26 février 2014 », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 29.

BRECHON-MOULENE Ch.,

- « Actualité des marchés publics : synthèse », *AJDA* 1994, p. 118.
- « Faire face à la complexité du droit des marchés », *Mon. TP*, 25 février 2000, p. 68.

BRENET F.,

- « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.
- « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », *AJDA* 2014, p. 2061.

BRISSON J.-F., « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins immobiliers sur le domaine public – Les aspects domaniaux des contrats de partenariats », *AJDA* 2005, p. 591.

BROUX G., COMMUNAL L., FISCHER C., FLOCH (le) T., « La « coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A* 2014, p. 2275.

BRUN P., « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patrimoine*, 1998, p. 78.

BRUYERE J.-C., « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP* 1996, p. 1715.

CABANES A., « Faut-il soumettre l'occupation du domaine public à une procédure spécifique ? », *CP-ACCP* 2006, n° 54, p. 27.

CANTIÉ C., « L'objectif d'égal accès à la commande publique est-il assuré ? », *Contrats publics*, n° 69, septembre 2007, p. 52.

CANTILLON G., « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », *Contrats publics*, n° 144, juin 2014, p. 28.

CARANTA R., « Transparence et concurrence », in *Droit comparé des contrats publics*, R. Noguellou (dir.) Bruylant 2010, p. 150.

CASSIA P.,

- « L'égalité de traitement en droit communautaire », *RTDE* 2002, p. 413.
- « Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 1040.
- « Précisions procédurales sur le recours en contestation de la validité du contrat », *AJDA* 2012, p. 1109.

CAUDAL S., « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la direction de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 1.

CHARREL N., GASPARD T., « Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution », *Contrats Publics*, n° 144, juin 2014, p. 54.

CHEVALLIER J., « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 277.

CLAMOUR G.,

- « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, vol. 2, 2006, p. 646.
- « Un an sous le soleil de "Tropic" : recueil de décisions », *Contrats et marchés publ.* 2008, chr. 2.

COLIN J.-P., SINKONDO M., « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit communautaire, *Rev. Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 49.

COMMUNIER J.-M., « Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée », in *Le Droit de l'Union Européenne en principes, Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 262.

COSSALTER Ph.,

- « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882.
- « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 10.

DACOSTA B., « L'accès des PME aux marchés publics dans le nouvelle directive Marchés publics », *BJCP* n° 96, p. 323.

DEBBASCH C., « Introduction », in *La transparence administrative en Europe*, C. DEBBASCH (dir), éd. du CNRS, 1990, p. 11.

DELACOUR E., « Rapport introductif : les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique : du marché public à la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 6.

DELVOLVÉ P.,

- « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI* 2003, p. 481.
- « Constitution et Contrats Publics », in *Mélanges Franck Moderne, Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 469.
- « Les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079.
- « Les contrats publics dans le désordre », *RDC* 2006, p. 951.
- « Contrats publics et sécurité juridique », in *Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Vol. 2, EDCE n° 59, Paris, La Documentation française 2008, p. 342.

DEROUESNÉ E., STEFANINI-COSTE A., « Le juge au service de l'effet utile du Code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critère », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 4.

DIDRICHE O.,

- « La réforme des directives marchés : objectifs et stratégies de la Commission européenne », *AJCT* 2012, p. 592.
- « Panorama des recours contentieux en matière de marchés publics », *AJCT* 2014, p. 434.

DIEU F.,

- « Les juges de cassation et les référés de la commande publique : aspect d'une convergence », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 3.
- « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive Marchés du 26 février 2014 », *BJCP* n° 96, p. 326.

DOMANICO A.,

- « Les PME et le code des marchés publics », *CP-ACCP*, n° 31, mars 2004, p. 115.

- « Accès des PME à la commande publique : l'impossible réforme ? », *Contrats publics*, n° 69, septembre 2007, p. 24.

DREYFUS J.-D.,

- « Le droit communautaire des marchés publics ne se résume pas aux directives », *RDI* 2002, p. 221.
- « Code des marchés publics et PME : le choix d'une discrimination positive », *AJDA* 2006, p. 1769.

DREYFUS J.-D., BASSET B., « Autour de la notion de droit commun de la commande publique », *AJDA* 2004, p. 2256.

DUBOIS L., « Le droit à cheval sur les principes généraux », in *Drôles de droits, Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandri*, Dalloz, 2000, p. 251.

DUDOGNON C., « L'avenant au contrat administratif », *RDP* 2009, n° 5, p. 1360.

DYENS S., « L'externalisation de la prestation juridique. Les figures de l'avocat en collectivité », *AJCT* 2012 p. 462.

ECKERT G.,

- « Le contenu des avis de publicité en matière de délégation de service public », *Contrats et marchés publ.* 2004, prat. 15.
- « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives. La problématique communautaire », *RFDA* 2005, p. 959.
- « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 238.
- « La réforme des dispositions financières du code des marchés publics », *Contrats et marchés publ.* 2011, dossier 6.
- « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in G. Clamour (dir.), *Contrats et propriété publics*, Lexisnexus, coll. « Débats et colloques », 2011, p. 29.
- « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 620.
- « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA* 2014, p. 1941.
- « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *RJEP* 2014, ét. 6.

EISENMANN Ch., « Préface », in G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse, 1963, LGDJ.

EMERY C.,

- « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP G*, n°11, Mars 1999, I. 119.
- « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2005, p. 2269.

FATÔME E., TERNEYRE Ph., « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, 1994, p. 579.

FATÔME E., « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

FEVROT O., « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP* 2008, p. 363.

FLAESCH-MOUGIN C., « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union Européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de J. RAUX*, Apogée, 2006, p. 99.

FLEURY-LE GROS P., « Le temps et le droit – propos préliminaires », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexis, p. XVII.

FOUCHARD P., « Rapport introductif », in *La thèse de doctorat en droit et la recherche juridique*, LGDJ, 1993, p. 20.

FRANÇOIS S., « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 7.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 11.

GAHDOUN P.-Y., « Une seconde jeunesse pour la notion d'économie du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 249.

GARTNER F., « Des rapports entre le contrat administratif et l'intérêt général », *R DFA* 2014, p. 21.

GAUDEMET Y.,

- « libres propos sur droit des contrats administratifs », *CJEG* 2004, p. 5.
- « Rapport de synthèse : bilan et perspectives du processus de réforme du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 12.
- « Bilan et perspective du processus de réforme du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, doct. 12.
- « Dans quelle mesure les opérations immobilières des personnes publiques sont-elles soumises au droit de l'Union européenne ? », *JCP A* 2011, p. 2357.

GAUDIN J.-P., « La contractualisation des politiques et la nouvelle action publique », in *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, colloque organisé les 5 et 6 novembre 2004 à l'IEP d'Aix-en-Provence, sous la dir. de F. Luchaire, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, p. 23.

GAUTIER P.-Y., « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque, 2008, Lexisnexis, p. 53.

GLASER E.,

- « Obligation de transparence et absence de transparence », *BJCP* n° 43, 2005, p. 14.
- « Les habits neufs du juge du contrat », *AJDA* 2011, p. 311.
- « Béziers 1, à propos d'un « notamment », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 641.

GOHON J.-P., « Le code des marchés publics est-il toujours un code de mise en concurrence ? », *Marchés publ.*, n°234, Juin 1988, p. 11.

GOURDOU J., BOURREL A., Les « marchés publics administratifs » : état des lieux et perspectives », *CJEG* 2003, p. 166.

GOURDOU J., TERNEYRE Ph., « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014, p. 2055.

GRANJON R., « Commande publique : les règles générales de passation des contrats », *CP-ACCP* n°73, Janvier 2008, p. 30.

GROVE VALDEYRON (de) N., « Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de justice des Communautés européennes », *Marchés publics*, 1996, n°2, p. 25.

GUASTINI R., « Les principes en droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la direction de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 117.

GUÉZOU O.,

- « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *CP-ACCP* n° 20, mars 2003, p. 43.
- « Contrats publics et politique de concurrence », *RFDA* 2014, p. 632.

GUIBAL M.,

- « L'accès aux marchés publics », in MOUSSERON J.-M. (dir.), TEYSSIE B. (dir.), *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : librairies techniques, 1978, p. 904.
- « Egalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.
- « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP G* 1993, p. 3667.
- « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA* 1994, p. 6.
- « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.
- « Un nouveau code des marchés publics ? » *AJDA* 2001, p. 360.
- « À la recherche du nouveau Code des marchés publics », *JCP G* n° 24, Juin 2001, Et. 327.

GUILLOU Y.-R., « Pourquoi et quand recourir à la négociation ? », Dossier « Négociation mode d'emploi », *CP-ACCP*, juin 2005, n° 45, p. 22.

GUILLOU D., « Critères, sous-critères et méthodes de notation : une distinction délicate », *CP-ACCP*, février 2013, p. 37.

GUINARD D., « De l'effectivité du droit de la concurrence dans le droit de la commande publique : regard récent sur la sélection des offres des candidats par les pouvoirs adjudicateur », *Contrats et marchés publ.* 2011, ét. 3.

GUTMANN D., « Temps », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1469.

HEBRAUD P., « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in G. MARTY et A. BRIMO (dir.), *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Ed. Pédone, 1969, p. 206.

HEINTZ M., « La commande publique, outils d'interventionnisme public », *RFDA* 2010, p. 760.

HOEPFFNER H.,

- « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés », *Contrats et marchés publ.* 2010, ét. 11.
- « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 16.
- « L'affichage publicitaire et la commande publique : de quelques problèmes de frontières », *AJDA* 2015, p. 1107.

HOUILLON G., « Le clair-obscur des obligations de publicité et de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'occupation du domaine public », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Godfrin*, 2014, éd. Mare & Martin, p. 209.

HUBRECHT H.-G., MELLERAY F., « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, vol. 1, p. 809.

HUL S., « Le contentieux des avenants depuis l'arrêt Tarn-et-Garonne », *AJCT* 2015, p. 32.

ILIOPOULOU A., « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Droit administratif européen*, AUBY J.-B. (dir.), Bruylant, 2007, p. 437.

JACQUEMOIRE Ph., « Normes : vers une réelle simplification ? - Entreprise gouvernementale de simplification : état des lieux et perspective en matière de commande publique », *AJCT* 2015 p. 71.

JEANMAUD A., « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la direction de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 49.

JEGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*. 1996, p. 209.

KALFLECHE G., « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420.

KARPENSCHIF M.,

- « Définition du pouvoir adjudicateur par la CJCE », *AJDA* 2004, p. 526.
- « Le contrat au service des politiques publiques : « Contrat public et Union européenne » », *RFDA* 2014, p. 418.

KOEBEL B.,

- « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9.
- « Marchés publics conclu entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre, enfin ? », *JCP A* 2012, p. 2058.

KESSLER M.-C., « La durée administrative », *Rev. Adm.*, n° spécial « Le temps administratif », p. 41.

LAFIAUX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 365.

LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie, convalescence ou jouvence », *EDCE*, 1960, p. 97.

LEBRETON G., « Préface », in FLEURY-le-GROS P. (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque, Lexisnexis, 2008, p. XIII.

LEGER P., « Introduction », in COULON J.-M. (dir.), FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 3.

LENAERTS K., « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3.

LETELLIER H., « La détermination des procédures de dévolution en fonction des besoins préalablement déterminés », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 24.

LEVAIN L., MARVILLE TORRE R., PRATS-DENOIS M., « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP A*, 2015, p. 1188.

LIBERT V.-X., « Les modifications du marché en cours d'exécution », *AJDA* 1994, p. 65.

LICHÈRE F.,

- « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », *Contrats publ.* n° 69, sept. 2007, p. 39.
- « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *LPA* 2007, n° 79, p. 29.
- « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in *Droit administratif européen*, AUBY J.-B. (dir.), Bruylant, 2007, p. 950.

LINDITCH F.,

- « Recherche sur la dimension non concurrentielle de l'achat public ou 101 raisons de ne pas mettre en concurrence les candidats à la commande publique, et quelques autres », in *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, colloque organisé les 5 et 6 novembre 2004 à l'IEP d'Aix-en-Provence, sous la dir. de F. Luchaire, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, p. 141.
- « La définition du besoin », *Cahier de droit de l'entreprise* n°5, septembre 2007, dossier 31.
- « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Dossier spécial « Le code des marchés publics, vu de l'entreprise », n°5, 2007, p. 23.
- « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA* 2014, p. 403.

LINOTTE D.,

- « Principe d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction de R. CRISTINI et J.-M. RAINAUD, Economica, 1987, p. 13.
- « L'évolution récente des contrats de la commande publique », *Gaz. Pal.*, décembre 2009, n° 339, p. 2.

LLORENS F.,

- « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publ.* 2004, chron. 1.
- « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 7.
- « Les avenants aux DSP entre droit national et droit communautaire », in *Bien public, Bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2010, p. 269.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P.,

- « Le clair obscur du principe de transparence », *Contrats et marchés publ.* 2002, repère 8.
- « Le droit de la commande publique en miettes », *Contrats et marchés publ.* 2005, repère 1.
- « La contribution du Conseil d'État au droit commun de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, repère 4.
- « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA* 2006, p. 935.
- « Le grand désordre du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2009, repère 7.
- « Commande publique et contrats publics : question de mots et de fond », *Contrats et marchés publ.* 2011, repère 2.
- « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPPI à la française », *Contrats et marchés publ.* 2014, repère 1.
- « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.* 2014, repère 10.

LOUVARIS A., « La dénomination de contrats publics d'affaire », *AJCA* 2015, p. 152.

MALAUZIE Ph., « Rapport de synthèse », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexis, p. 107.

MANSON S., « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RDP* 2009, n° 1, p. 43.

MARAIS (du) B., « Le droit de la commande publique est-il un droit de la concurrence ? », *Gazette du palais* 2007, n° 86, p. 4.

MARCHAND J., « Réflexions sur le principe de transparence », *RDP* 2014, p. 687.

MARGUERY L., « La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012, p. 663.

MARKUS J.-P., « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589.

MARQUES M., GONZAGUE Ph., « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », *Dr. adm.* 2014, ét. 15.

MARTIN J., « Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées, Contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire », in *À propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 185.

MARTY N., « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, 2006, p. 344.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.* 1995, p. 211.

MAUGÜÉ Ch.,

- « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA* 1998, p. 694.
- « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 609.

MAUGÜÉ Ch., DERUY L., « Les cessions de marchés publics et de délégations de service public », *BJCP* 1999, n° 6, p. 494.

MAUGÜÉ Ch., BACHELIER G., « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073.

MAZEAUD M., « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *P.A.* 2004, n° 92, p. 47.

MELCHIOR M., « Les communications de la commission, Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », in *Mélanges F. Dehousse*, Ed. Labor, 1979, tome 2, p. 243.

MELLERAY F., « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 212.

MIROUSE V., « Débat sur le principe du critère unique du prix », *CP-ACCP* 2005, n° 46, p. 74.

MODERNE F.,

- « Principes fondamentaux, principes généraux : Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998 p. 495.
- « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722.

MOREAU D., « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP* 2014, ét. 7.

MOURIESSE X., « Les critères de jugement des offres dans les délégations de service public », *Contrats et marchés publ.* 2010, prat. 2.

NICINSKI S.,

- « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Bien public, bien commun, Mélanges Etienne Fatôme*, Dalloz 2011, p. 373.
- « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 429.
- « La délégation de service public et le temps », *AJDA* 2013, p. 1441.

NGUYEN QUOC V., « L'argent public et le droit des contrats », in *L'unité du droit, mélanges en hommage à Roland Dago*, Economica, p. 293.

NOGUELLOU R.,

- « La fin du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1., p. 341.
- « Le droit communautaire et les contrats publics », *Dr. Adm.* 2008, n°1, p. 3.
- « La notion de contrôle analogue », *RLCT* 2010, n° 1706, p. 19.
- « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853.

OPPETIT B., « Première table ronde », in *La thèse de doctorat en droit et la recherche juridique*, LGDJ, 1993, p. 31.

OST F.,

- « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 115.
- « Temps (point de vue de philosophe) », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1283.

PAISANT G., « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », in *Etudes offertes au doyen P. Simler*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 637.

PASTOR J.-M., « Les propositions françaises pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics », *AJDA* 2008, p. 173.

PEYRICAL J.-M.,

- « Le paradoxe des marchés publics. Le marché public, repoussoir et modèle », *Dr. adm.*, 2000, chron. 7.
- « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA* 2004, p. 2136.
- « Les avenants, source d'unification du droit des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, vol. 1, p. 825.
- « L'émergence du droit de la commande publique », *Contrats publics* n° 100, juin 2010, p. 29.

PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, n° 2, p. 275.

PLATON S., « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA* 2014, p. 841.

PORTE N., « Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », *RDP* 2014, p. 1256.

POUYAUD D.,

- « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015, p. 727.
- « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.

PRÉBISSY-SCHNALL C., « Maîtriser la durée d'une convention de délégation de service public », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin*, Mare et Martin, 2014, p. 441-442.

PROOT Ph., « Les conditions de participation à un marché public », *CP-ACCP* 2006, n° 58, p. 75.

PROTIERE G., « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle », *RDP* 2008, p. 259.

QUENNEHEN J.-M., « La passation des marchés sans formalités préalables », *AJDA* 2002, p. 1478.

RAPP L.,

- « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et marchés publ.* 2008, ét. 7.
- « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA* 2010. 588.

- « L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 12.

REES Ph., « Premier bilan de la jurisprudence administrative en matière de référé précontractuel », *Contrats et marchés publ.*, 2011, ét. 10.

RIBOT C., « Egalité d'accès des soumissionnaires », in C. RIBOT, E. MARC et P. IDOUX, *Dico Moniteur des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 2008, p. 296.

RICHER L.,

- « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA* 1994, p. 13.
- « La fin de la convention de délégation », *AJDA* 1996, p. 650.
- « Concession de service public », *AJDA* 2001, p. 106.
- « L'émergence d'un droit constitutionnel des marchés publics », in *Le nouveau droit des Marchés publics*, Colloque organisé le 26 septembre 2003 sous la direction de François Lichère, Bibliothèque de droit, Ed. L'hermès, p. 9.
- « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 175.
- « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit de la commande publique », Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Volume 2, EDCE n° 59, Paris, La Documentation française 2008, p. 355.
- « Un objectif, deux systèmes », Dossier « Les pratiques anticoncurrentielles », *CP-ACCP*, n° 99, mai 2010, p. 26.
- « Pas d'immunité de juridiction de la définition du besoin », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 3.
- « Constitution, contrat et commande publique », *Les nouveaux cahiers du CC*, n° 37, 2012, p. 44.
- « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat, Quinze ans après.. », *AJDA* 2014, p. 1925.
- « De l'analogie, à propos de la jurisprudence Teckal », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin*, Mare et Martin, 2014, p. 449.
- « Le règlement de consultation », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 563.

RIVERO J., « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Assoc. H. Capitant*, 1961-1962, p. 343.

ROCHEFLED J., « Les sources administratives du droit des contrats : le sort du contrat irrégulièrement conclu et la mutation des rôles du juge administratif et de la place du contrat au sein de l'action administrative », *RDC* 2010, p. 807.

ROLIN F., « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs », in *À propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 9.

ROMAN-SEQUENSE B., « Modalités pratiques de mise à disposition du dossier de consultation des entreprises », *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 175.

ROUX A., *La transparence administrative en France*, rapport présenté à la Table ronde européenne du Centre de recherches administratives, Aix-en-Provence, 27-28 octobre 1989, in *Annuaire européen d'administration publique*, éd. du CNRS, 1989, p. 57.

RUIZ-JARABO COLOMER D., « L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la CJCE », *Rapport public*, EDCE, 2008, p. 380.

SERIAUX A., « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 78.

SESTIER J.-F.,

- « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP* 2001, n° 16, p. 214.
- « La communautarisation du droit des contrats publics », *CP-ACCP* n° 100, juin 2010, n° spécial 10 ans, p. 19.
- « Le groupement d'entreprises : un outils efficace pour l'accès à la commande publique des PME ? », *Contrats publics* 2014, n° 148, p. 22.
- « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 455.

SORBARA J.-G., « Marchés publics et innovation », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 13.

SYMCHOWICZ N.,

- « Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions », *AJDA* 2000, p. 113.
- « Pour un code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2007, ét. 7.

SYMCHOWICZ N., LAURET R., « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP* 2014, n° 95, p. 264.

TASCIYAN D., « Le droit à réparation du candidat évincé », *AJDA* 2014, p. 542.

TERNEYRE Ph.,

- « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, n° spéc. « Transparence, financement, exécution : unité et diversité d'un droit en mutation », p. 43.
- « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 87.
- « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? » Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, vol. 2, EDCE n° 59, Paris, La Documentation française 2008, p. 383.
- « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, art. 3.
- « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA* 2014, p. 407.

THIEFFRY P., « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA* 2007, p. 1331.

TUSSEAU G., « Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine : Sur quelques écoles de définition des principes », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin-Lyon 3, sous la direction de S. CAUDAL, éd. Economica, p. 77.

UBAUD-BERGERON M.,

- « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 575.
- « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.
- « La négociation », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 7.

VAUTROT-SCHWARZ Ch.,

- « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation du domaine public », *AJDA* 2009, p. 568.
- « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publ.* 2012, ét. 8.

VIDELIN J.-C., « La nécessaire stabilité des critères d'attribution d'une délégation de service public », *AJDA* 2007, p. 311.

WALINE M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963.

V-2 : Notes de jurisprudence et chroniques.

AGRESTA S., note sous CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, *AJCT* 2013, p. 298.

BECHILLON (de) D., TERNEYRE Ph., obs. sous CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *RFDA* 1999, p. 372.

BENJAMIN M.-Y., note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags Gmbh, Dr. adm.*, 2001, comm. 85.

BRACONNIER S.,

- « L'apport de l'affaire « Auroux » au droit des contrats publics d'affaires », art. sous CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, *RDP* 2007, p. 1331.
- « Référé précontractuel : brutal coup d'arrêt », note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *RDI* 2008, p. 499.
- obs. sous CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *RDI* 2009, p. 242.
- obs. sous CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, *RDI* 2012, p. 560.
- obs. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *RDI* 2014 p. 344.

BRENET F.,

- comm. sous CE, 26 septembre 2005, *Société AGUR*, *AJDA* 2006, p. 554.
- note sous CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, *Dr. Adm.* 2010, comm. 52.
- comm. sous CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, *RJEP* 2012, comm. 8.
- « Procédure adaptée : la part de la négociation », note sous CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense*, *Dr. adm.* 2012, comm. 14.
- comm. sous CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*, *Dr. adm.* 2012, comm. 33.
- comm. sous CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *Dr. adm.* 2014, comm. 36.

BRETONNEAU A., LESSI J., « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », chr. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *AJDA* 2014, p. 1035.

CABANES A., « Livre vert sur les partenariats publics-privés : une « couche » supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *CP-ACCP* 2004, n° 34, p. 70.

CANTIER B., TROIZIER A., « Droit communautaire des concessions : un pas décisif vers la mise en concurrence européenne », note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, *LPA* n° 85, avril 2001, p. 15.

CASSIA P., note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *AJDA* 2008, p. 2374.

CLAMOUR G.,

- note sous TA Nîmes, 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, *RLC* 2008, n° 16.
- note sous CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *RLCT* 2011, p. 26.
- « Procédure adaptée : le seuil est porté à 15 000 euros HT », *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 1.
- « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 214.
- « Vers le code de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 29.

CLEYS A., note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, *RDP* 2006, p. 1078.

DELIANCOURT S., note sous CAA Marseille, 26 février 2004, *Société SEMEVA c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*, *CP-ACCP* n° 36, septembre 2004, p. 68.

DELVOLVÉ P.,

- note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *RFDA* 2008, p. 1139.
- note sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014, p. 439.

DEVÈS C., « La loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », *JCP A* 2014, p. 2266.

DEVILLERS P., note sous CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102.

DEYGAS S., comm. sous CE, 23 février 2005, *ATMMP*, *Revue Procédures* n°4, Avril 2005, comm. 114.

DIEU F.,

- « La distinction entre mise au point du marché et modification », comm. sous TA Nice, 24 mars 2006, *Société Degremont*, *AJDA* 2006 p. 1277.
- comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *JCP A* 2010, comm. 2103.

DREYFUS J.-D.,

- « Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics », *RDI* 2001, p. 211.
- « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre II », *RDI* 2004, p. 143.
- , « Marchés de moins de 4 000 € : le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics », *AJDA* 2005, p. 30.
- note sous CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n°264712, *AJDA* 2005, p. 668.
- note sous CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, *AJDA* 2006 p. 2283.
- note sous CE, 10 février 2010, *Perez*, *AJDA* 2010, p. 561.

DURVIAUX A.-L., obs sous CJUE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, *RTD Eur.* 2011 p. 429.

DYENS S., note sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *AJCT* 2014, p. 375.

ECKERT G.,

- comm. sous CE, 1^{er} avril 2009, *CUB et Société Kéolis*, *RDP* 2010, p. 219.
- comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Dr. adm.* 2010, comm. 36.
- note sous CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111.
- « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA* 2014, p. 1941.

FATÔME E., RICHER L., « Le Conseil constitutionnel et le « droit commun de la commande publique » et de la domanialité publique, à propos de Cons. Const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit », *AJDA* 2003, p. 2348.

FATÔME E., « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », *AJDA* 2010, p. 2475.

FOURNOUX (de) L., comm. sous CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, *JCP A* 2014, comm. 2318.

GUIBAL M., « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

HALPERN A.-M., comm. sous CAA Versailles, 11 septembre 2014, *SAS ARCADEM*, *JCPA* 2015. comm. 2024.

HOEPFFNER H.,

- « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98.
- comm. sous CE, 27 octobre 2011, *Société TAT*, et sous TA Dijon, 13 septembre 2011, *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013, p. 232.
- note sous CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, *AJDA* 2014, p. 2486.
- « Méthode de notation du critère du prix : la liberté de l'acheteur public à l'épreuve du contrôle du juge », comm. sous CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, *AJDA* 2015, p. 532.
- « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, ét. 3.

HUL S., obs sous CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, *AJCT* 2014, p. 113.

LAFAIX J.-F.,

- « La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique - Commentaire de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 8.
- comm. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *RJEP* 2014, comm. 31.

LANGELIER E., « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *JCP A* 2014. 2330.

LECLERC C., « Procédure adaptée, information des candidats sur les sous-critères de sélection et négociation », note sous TA Orléans, 15 janvier 2013, *Société novacyt*, *JCP A* 2013, n° 21, p. 24.

LICHÈRE F., « Le contrôle du Conseil d'Etat sur la procédure adaptée est-il adaptée ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat *Région Nord-Pas-de-Calais* du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

LINDITCH F.,

- « À propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, *JCP A* 2004, p. 458.
- comm. sous CE, 23 février 2005, *ATMMP*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 17, 28 Avril 2005, p. 657.
- « Le référé précontractuel foudroyé ? », note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *JCP A* 2008. comm. 2262.
- « rappel de la jurisprudence de la cour de cassation sur le « CHSCT » », *Contrats et marchés publ.* 2013, alerte 20.

LLORENS F., « Loi MURCEF, marchés publics et contrats administratifs : l'interprétation simple d'une simplification », *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 207.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., obs. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *Contrats et marchés publ.* 2014, repère 5.

MARTIN J., note sous CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, *AJDA* 2013 p. 1398.

MELIN-SOUCRAMANIEN F., Commentaire de l'article II-80, Egalité en droit, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II La charte des droit fondamentaux de l'Union, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 283.

MÉNÉMÉNIS A.,

- « L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite d'une réflexion », *CP-ACCP*, n° 36, septembre 2004, p. 66.
- « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA* 2006, p. 1754.
- « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA* 2006, p. 126.

MOREAU D., « Les pouvoirs adjudicateurs doivent rejeter les offres anormalement basses », comm. sous CE, 1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du sud*, *RJEP* 2012, comm. 37.

MOREL J.-B., « Le Conseil d'Etat se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », note sous CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, *AJDA* 2006, p. 2064.

NOGUELLOU R.,

- obs. sous CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, *RDI* 2010, p. 555.
- « La « SEMOP » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique », *RDI* 2014, p. 561.

PASTOR J.-M., obs. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *AJDA* 2010, p. 11.

PELLISSIER G., « Modification du dossier de consultation et principe d'égalité », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, *Collectivités territoriales Intercommunalité* 2004, comm. 85.

PIÉTRI J.-P.,

- note sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 286.
- « Critères de sélection des offres et principes fondamentaux de la commande publique », comm. sous TA Toulouse, ord., 5 janvier 2010, *Société Lyonnaise des eaux*, *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 117.

PLESSIX B., note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2013, *Société L'Alleixoise*, *RFDA* 2013, p. 541.

PRÉBISSY-SCHNALL C.,

- « Concurrence et offre anormalement basse », comm. sous CE, 29 mai 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis*, *Contrats Concurrence Consommation* 2013, comm. 190.

- « Marchés de maintenance de logiciels passés sans mise en concurrence », comm. sous CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, *Contrats Concurrence Consommation* 2013, comm. 275.

REES Ph.,

- comm. sous CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83.
- « Tropic II est arrivé. – À propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5.

RICHER L.,

- « Le code du silence, à propos du code des marchés publics de 2004 », *RDP* 2004, p. 1573.
- « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 2.

ROMAN-SÉQUENSE B., « Définition de l'offre finale dans le cadre des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint », *Contrats et Marchés publ.* 2009, comm. 251.

SCHOETTL J.-E., note sous CC, 6 décembre 2001, décision n° 2001-452 DC, *Loi portant mesures urgente de réformes à caractère économique et financier*, *LPA* 13 décembre 2001, p. 5.

SÉE A., « La publicité adéquate des délégations de service public », comm. sous CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, *Société Kéolis*, *RLCT*, 2009, p. 48.

UBAUD-BERGERON M.,

- obs. sous CE, 23 mars 2012, *Caisse écoles de Commune de Six-Fours-les-plages*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 166.
- note sous CE, 7e et 2e sous-sect., 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 172.

VIDAL-NAQUET A., comm. sous CE, 10 février 2010, *Perez*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30 - janvier 2011.

VILA J.-B.,

- comm. sous CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux contre Société Les Nouveaux Golfs de France*, *JCP A* 2010, comm. 2291.
- « Les pouvoirs du juge des référés précontractuels sur la négociation d'une délégation de service public », comm. sous CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, *AJDA* 2014 p. 1778.

VINCENT-LEGOUX M.-C., comm. sous CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région Auray-Belz-Quiberon*, *AJDA* 2009, p. 1554.

ZIMMER W.,

- comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.
- comm. sous CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78.

- « Intangibilité des offres et demande de précisions par le pouvoir adjudicateur avant l'attribution du marché », note sous CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko a.s. et a.*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 179.
- « Règles de passation des marchés de services dits non prioritaires », *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 101.

V-3 : Conclusions.

ARRIGHI de CASANOVA J., concl. sur CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du nord*, inédit, *Rec.* p. 10.

AUCOC M., concl. sur CE, 9 janvier 1868, *Servat*, *Rec.* p.12.

BERGEAL C.,

- concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *RFDA* 1998, p. 421.
- concl. sur CE, 22 juin 1998 *Préfet Puy-de-Dôme*, *BJCP*, 1998, p. 37.
- concl. sur CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presque île guérandaise*, *BJCP* 2000, p. 361.

BOULOUIS N.,

- concl. sur CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, *BJCP* 2007, p. 366.
- concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, *RJEP*, n°5, p. 17.
- concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, *BJCP* 2010, p. 189.
- concl. sur CE, 10 février 2010, *Société Pres'action*, *BJCP* 2010, p. 197.
- concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'enclave des papes*, *BJCP* 2010, p. 203.
- concl. sur CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, *BJCP* 2010, p. 241.
- concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, *RJEP* 2011, comm. 33.
- concl. sur CE 29 avril 2011, *Ministre de la justice*, *BJCP* 2011, p. 268.
- concl. sur CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *BJCP* 2012, p. 338.

BRESSE P., concl. sur CAA Versailles, 6 décembre 2005, *Association Pacte*, *BJCP* 2005, p. 82.

CASAS D.,

- concl. sur CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, *JCP A* 2005, comm. 1345.
- concl. sur CE, ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *RFDA* 2005. 1091.

DACOSTA B.,

- concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* 2009, p. 203.
- concl. sur CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, *Société KEOLIS*, *BJCP* 2009, p. 270.
- concl. sur CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, *RJEP* 2010, comm. 31.
- concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *BJCP* 2010, p. 105.

- concl. sur CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, BJCP 2010, p. 337.
- concl. sur CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval*, BJCP 2011, p. 435.
- concl. sur CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, BJCP 2012, p. 343.
- concl. sur CE, 29 mai 2013, *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, BJCP 2013, p. 343.
- concl. sur CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics c. Société SCC*, BJCP 2013, p. 420.
- concl. sur CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, BJCP 2014, p. 43.
- concl. sur CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RFDA 2014, p. 428.
- concl. sur CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, JCP A 2015. 2025.

DANDELOT M., concl. sur CE, 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, RFDA 1985, p. 20.

DIEU F.,

- concl. sur TA Nice, 23 septembre 2005, *SA Signoret c/ CH Grasse*, JCP A 2005, comm. 1365.
- concl. sur TA Nice, 23 mars 2006, *Société Dégremont*, AJDA 2006, p. 1277.

FENNELLY N., concl. sur CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, BJCP 2001, p. 132.

GLASER E., concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 506.

KOKOTT J.,

- concl. sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, BJCP 2006, p. 456.
- concl. sur CJCE, 18 janvier 2007, *J. Auroux c/ Commune de Roanne*, BJCP 2007, p. 184.

LA PERGOLA A., concl. sur CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, Rec. p. I-06821.

LENZ O., concl. sur CJCE, 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*.

MADURO P., concl. sur CJCE, 11 juillet 2006, *FENIN*, Rec. p. I-6295.

MENGOZZI P.,

- concl. sur CJCE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, Rec. p. I-11807.
- concl. sur CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*.

PELLISSIER G.,

- concl. sur CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux France*, BJCP 2013, p. 220.
- concl. sur CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, BJCP 2013, p. 272.
- concl. sur CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, BJCP 2014, p. 292.
- concl. sur CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, consultable sur le site du Conseil d'Etat, p. 9.

PIVETEAU D.,

- concl. sur CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, *BJCP* 2001, p. 417.
- concl. sur CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, *AJDA* 2002, p. 46.
- concl. sur CE, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, *BJCP* 2002, p. 430.
- concl. sur CE, 7 janvier 2004, *SAS Aquitaine démolition*, *BJCP* 2004, p. 219.

ROMIEU J., concl. sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 281.

RUIZ-JARABO COLOMER D.,

- concl. sur CJCE, 27 novembre 2001, *Lombardini SpA et Impresa Ing. Mantovani SpA*.
- concl. sur CJCE, 8 novembre 2006, *commission c/ Italie*.
- concl. sur CJCE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*.

SORIN J., concl. sur TA Versailles, 5 janvier 2010, *Guyard*, *AJDA* 2010, p. 1198.

STIX-HACKL C., concl. sur CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, *Rec.* p. I-7287.

TRSTENJAK V., concl. sur CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Allemagne*, *Rec.* p. 6153.

VAVASSEUR de PRÉCOURT (Le), concl. sur CE, 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p. 321.